

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



TESIS DOCTORAL

Usurpación pacífica de bienes inmuebles

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

José Miguel Jiménez París

DIRECTOR

Fernando Santa Cecilia García

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



USURPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES

Volumen I

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDO: JOSÉ MIGUEL JIMÉNEZ PARÍS

DIRECTOR: PROF. DR. D. FERNANDO SANTA CECILIA GARCÍA

MADRID, 2016

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

a. C.	Antes de Cristo
A	Auto
ACDDH	Asociación Catalana para la Defensa de los Derechos Humanos
Adj.	Adjetivo
ALA	Asociación Libre de Abogados
ALEC	Antigua Ley de Enjuiciamiento Civil
ALSP	Antigua Ley de Seguridad Privada
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ASS	Advisory Service for Squatters (en español, Servicio de asesoramiento a los ocupantes ilegales)
BCE	Banco Central Europeo
BNG	Bloque Nacionalista Gallego
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidad Autónoma
C de C	Código de Comercio
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CGT	Confederación General del Trabajo
CiU	Convergència i Unió (en español, Convergencia y Unión)
CNT	Confederación Nacional del Trabajo
Com.	Nombre común en cuanto al género
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
CSOA	Centros Sociales Okupados y Autogestionados
CP	Código Penal

d. C.	Después de Cristo
DDR	Deutsche Demokratische Republik (en español, República Democrática Alemana)
Dir.	Director
Dirs.	Directores
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
doc. dom.	Doctrina dominante
EA	Eusko Alkartasuna (en español, Solidaridad Vasca)
EAJ-PNV	Euzko Alderdi Jeltzalea-Partido Nacionalista Vasco
Ed.	Editorial
EDD	Base de datos de resoluciones administrativas: El Derecho
EDL	Base de datos de legislación: El Derecho
EDJ	Base de datos de jurisprudencia: El Derecho
EM	Exposición de Motivos
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
ERC	Esquerra Republicana de Catalunya (en español, Izquierda Republicana de Cataluña)
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FGE	Fiscalía General del Estado
FMI	Fondo Monetario Internacional
FRAVM	Federación Regional de Asociaciones de Vecinos de Madrid
GMx	Grupo Parlamentario Mixto
GP	Grupo Parlamentario
GPEPC	Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (en español, Acuerdo para el Progreso de Cataluña)
IC-EV	Iniciativa per Catalunya-Els Verds (en español, Iniciativa por Cataluña-Los Verdes)
ILANUD	Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente
IU	Izquierda Unida
IVIMA	Instituto de la Vivienda de Madrid
IVVSA	Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A.
JD	Jueces para la Democracia
Jerg.	Jergal

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

KOKA	Kolectivo de Okupantes de la Kalle Amparo
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LHN	Ley de Hipoteca Naval
Lib.	Libro
LO	Ley Orgánica
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPSC	Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana
LPAP	Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRJAPYAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LSP	Ley de Seguridad Privada
MAIN	Memoria de Análisis de Impacto Normativo
MSU	Movimiento urbano o movimiento social urbano
m. y f.	Nombre masculino y femenino
Nº	Número
NA	Nationale Alternative (en español, Alternativa Nacional)
N.R.	Nueva Recopilación
<i>Op. cit.</i>	Del latín <i>opere citato</i> , en la obra citada
ONC	Occupazioni non conformi (en español, ocupaciones no conformes)
Pág.	Página
Págs.	Páginas
PCC	Partit dels i les Comunistes de Catalunya (en español, Partido de los y las Comunistas de Cataluña)
PI	Partit per la Independència (en español, Partido por la Independencia)
PNV	Partido Nacionalista Vasco
PSC	Partit dels Socialistes de Catalunya (Partido de los Socialistas de Cataluña)
Pte.	Ponente

Rec.	Recurso
RJA	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
s.	Siglo
S	Sentencia
SAT	Sindicato Andaluz de Trabajadores
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StGB	Abreviatura de Strafgesetzbuch, Código Penal
TC	Tribunal Constitucional
Tít.	Título
Tr.	Verbo transitivo
TR	Texto Refundido
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UCM	Universidad Complutense de Madrid
UFP	Unión Federal de Policía
U. t. c. intr.	Usado también como intransitivo
V. gr.	Por ejemplo
Vid.	Véase
VPO	Vivienda de Protección Oficial
Vs.	Abreviatura de la preposición latina <i>versus</i> , 'hacia', que se utiliza en escritos para indicar oposición entre dos ideas u opciones

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
ÍNDICE GENERAL	9
INTRODUCCIÓN	29
CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS.....	33
1.- Antecedentes legislativos previos a la codificación	34
1.1.- La sociedad y la propiedad como presupuesto del delito de usurpación .	34
1.2.- Pueblos prerromanos.....	36
1.3.- La usurpación de bienes inmuebles en el Derecho romano	38
1.3.1.- MITOLOGÍA: DIOSES, PROPIEDAD Y USURPACIÓN	38
1.3.2.- DERECHO PENAL ROMANO	42
1.3.3.- IUS PRIVATUM.....	48
A) <i>Rei vindicatio</i>	48
B) <i>Interdictos posesorios</i>	51
a) <i>De los interdictos adipiscendae possessionis</i>	53
b) <i>De los interdictos recuperandae possessionis</i>	53
c) <i>De los interdictos retinendae possessionis</i>	55
d) <i>De los interdictos tam adipiscendae quam recuperandae possessionis</i>	56
1.4.- Época visigótica.....	56
1.4.1.- COMPILACIONES DEL DERECHO VISIGODO: CÓDIGO DE EURICO.....	58
A) <i>De invasionibus</i>	58
B) <i>De terminis</i>	60
1.4.2.- COMPILACIÓN DE DERECHO ROMANO: BREVIARIO DE ANIANO	62
1.4.3.- COMPILACIÓN DE DERECHO NACIONAL: LIBER IUDICIORUM	64
A) <i>De inlatis violentiis et damnis</i>	67
B) <i>De divisionibus, et annorum temporibus atque limitibus</i>	71

1.5.- La Reconquista.....	73
1.5.1.- FUEROS MUNICIPALES.....	77
1.5.2.- FUERO DE LEÓN.....	79
1.5.3.- FUERO REAL O FUERO DE LAS LEYES.....	81
1.5.4.- LAS PARTIDAS	83
1.5.5.- ORDENAMIENTO DE ALCALÁ.....	87
1.6.- Movimiento recopilador	89
1.6.1.- ORDENAMIENTO DE MONTALVO	90
1.6.2.- LEYES DE TORO.....	93
1.6.3.- NUEVA RECOPILACIÓN	95
1.6.4.- NOVÍSIMA RECOPILACIÓN	98
2.- Codificación penal.....	106
2.1.- Orígenes de la codificación penal en España.....	106
2.1.1.- CÓDIGO FERNANDINO	106
2.1.2.- PLAN DE CÓDIGO CRIMINAL DE 1787.....	108
2.1.3.- PERIODO PREVIO A LA CODIFICACIÓN PENAL.....	111
2.2.- La usurpación en los diferentes Códigos Penales españoles	115
2.2.1.- CÓDIGO PENAL DE 1822	115
2.2.2.- CÓDIGO PENAL DE 1848	120
2.2.3.- REFORMA DE 1850.....	126
2.2.4.- CÓDIGO PENAL DE 1870	129
2.2.5.- CÓDIGO PENAL DE CARLOS VII.....	134
2.2.6.- CÓDIGO PENAL DE 1928	136
2.2.7.- CÓDIGO PENAL DE 1932	140
2.2.8.- CÓDIGO PENAL DE 1944. REFORMAS POSTERIORES	143
A) <i>Propuestas de tipificación de la Fiscalía.....</i>	<i>146</i>
B) <i>Texto revisado de 1963 y Texto refundido de 1973</i>	<i>148</i>
C) <i>Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal.....</i>	<i>150</i>
D) <i>Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.....</i>	<i>151</i>
E) <i>Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal</i>	<i>152</i>
2.2.9.- PROYECTOS DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL.....	154

ÍNDICE GENERAL

A) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.....	154
B) Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983.....	158
C) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992.....	162
D) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994	167
2.2.10.- CÓDIGO PENAL VIGENTE DE 1995. REFORMAS POSTERIORES	171
A) Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	179
B) Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	181
C) Del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (X Legislatura) a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	183
2.2.11.- INTENTOS DE DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL .	194
A) Propositiones de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso (VI y VII Legislatura).....	195
a) Grupo Parlamentario Federal de IU (VI Legislatura).....	195
b) Partido Democrático de la Nueva Izquierda, e Iniciativa-Els Verds. Grupo Mixto (VI Legislatura).....	196
c) Iniciativa Per Catalunya-Verds. Grupo Mixto (VII Legislatura)...	201
d) Esquerra Republicana de Catalunya. Grupo Mixto (VII Legislatura)	202
B) Despenalización de facto	203
a) Operadores jurídicos en favor del movimiento okupa	203
b) Colectivos de jueces en favor del movimiento okupa.....	205
c) Otras instituciones en favor del movimiento okupa: Defensor del Pueblo. Partidos políticos e indultos.....	206
3.- Legislación Administrativa Especial	209
3.1.- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana (Derogada).....	212
3.2.- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.....	212
3.3.-Vigilancia y protección de bienes inmuebles. Particularidades de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada	215

3.3.1.- LEY 5/2014, DE 4 DE ABRIL, DE SEGURIDAD PRIVADA.....	218
CAPÍTULO II.- PROBLEMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	225
1.- Bien jurídico	225
1.1.- Sentido político-criminal (<i>de lege ferenda</i>)	228
1.2.- Sentido dogmático (<i>de lege lata</i>).....	231
1.2.1.- FUNCIÓN SISTEMÁTICA	232
1.2.2.- FUNCIÓN DE GUÍA DE LA INTERPRETACIÓN	233
1.2.3.- FUNCIÓN DE CRITERIO DE MEDICIÓN DE LA PENA.....	233
1.3.- El bien jurídico en los delitos del Título XIII del Libro II del Código Penal. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”	239
1.3.1.- TEORÍA SANCIONATORIA VS. TEORÍA AUTÓNOMA DEL DERECHO PENAL. MÉTODO EXEGÉTICO-EXPERIMENTAL	242
1.3.2.- PATRIMONIO O PROPIEDAD	244
1.3.3.- CONCEPTO DE PATRIMONIO	247
A) <i>Concepción jurídica</i>	248
B) <i>Concepción económica</i>	248
C) <i>Concepción mixta o económico-jurídica</i>	249
D) <i>Patrimonio como suma de elementos o como universalidad (universitas iuris)</i>	251
1.3.4.- CONCEPTO DE ORDEN SOCIOECONÓMICO	253
A) <i>Orden socioeconómico en sentido estricto u orden público económico</i>	255
B) <i>Orden socioeconómico en sentido amplio</i>	256
1.3.5.- CLASIFICACIÓN.....	257
1.4.- Bien jurídico en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles	263
1.4.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	264
A) <i>Propiedad</i>	265
B) <i>Posesión</i>	267
a) <i>Posesión como hecho</i>	268
b) <i>Posesión como derecho</i>	268
c) <i>Derecho de posesión o ius possessionis vs. Derecho a poseer o ius possidendi</i>	269
d) <i>Fundamento de la posesión</i>	270

1.4.2.- PRIMERA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POSESIÓN CONTINUA, PERMANENTE Y ESTABLE EN EL TIEMPO, DERIVADA DEL DERECHO DE PROPIEDAD	274
A) <i>Consecuencias</i>	281
1.4.3.- SEGUNDA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POSESIÓN REAL, DE GOCE Y DISFRUTE EFECTIVO, SOCIALMENTE MANIFESTADA	282
A) <i>Consecuencias</i>	287
1.4.4.- TERCERA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PATRIMONIO INMOBILIARIO	289
A) <i>Consecuencias</i>	294
1.4.5.- CUARTA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, PATRIMONIO INMOBILIARIO Y ORDEN PÚBLICO	295
A) <i>El Estado y el orden</i>	296
B) <i>Dificultades conceptuales</i>	302
C) <i>Concepto de orden público</i>	304
a) <i>Concepto formal, ideal, abstracto o en sentido amplio</i>	307
b) <i>Concepto material, concreto, restringido, o en sentido estricto</i>	309
c) <i>Orden público y Constitución</i>	312
D) <i>Distinción de figuras afines: seguridad pública y seguridad ciudadana. Nuevos modelos de seguridad ciudadana</i>	315
a) <i>Concepción unitaria</i>	318
b) <i>Integración de los conceptos</i>	319
c) <i>Nuevos modelos de seguridad ciudadana</i>	323
E) <i>Usurpación pacífica y orden público</i>	327
F) <i>Consecuencias</i>	340
1.4.6.- TESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PATRIMONIO INMOBILIARIO, ORDEN PÚBLICO, Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO.....	346

CAPÍTULO III.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TIPO OBJETIVO DE INJUSTO.....	367
1.- Sujetos de la conducta típica	368
1.1.- Sujeto activo	369
1.1.1.- TOMA DE POSTURA	374
1.1.2.- PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN E IDENTIFICACIÓN.....	375

1.2.- Sujeto pasivo.....	381
1.2.1.- DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES	384
1.2.2.- SUJETO PASIVO Y OCUPACIÓN PACÍFICA.....	387
<i>A) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad</i>	<i>388</i>
<i>B) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada.....</i>	<i>389</i>
<i>C) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario.....</i>	<i>390</i>
<i>D) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario y orden público</i>	<i>396</i>
<i>E) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario, el orden público y la seguridad del tráfico.....</i>	<i>397</i>
1.2.3.- ¿UN USURPADOR PUEDE SER SUJETO PASIVO DEL DELITO?	400
1.2.4.- LA SELECCIÓN DEL SUJETO PASIVO POR EL MOVIMIENTO OKUPA	403
2.- Objeto material.....	405
2.1.- Distinción de figuras afines	406
2.1.1.- OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO	406
2.1.2.- OBJETO FORMAL Y OBJETO MATERIAL	406
2.1.3.- <i>CORPUS DELICTI</i> Y OBJETO MATERIAL	408
2.2.- Inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada	410
2.2.1.- TEORÍA SANCIONATORIA VS. TEORÍA AUTÓNOMA DEL DERECHO PENAL. MÉTODO EXEGÉTICO-EXPERIMENTAL	410
2.2.2.- ELEMENTOS DEL OBJETO MATERIAL	411
2.2.3.- PRIMER ELEMENTO POSITIVO DEL OBJETO MATERIAL: BIEN INMUEBLE. ¿SIRVE LA DEFINICIÓN DEL ARTÍCULO 334 DEL CÓDIGO CIVIL?	414
<i>A) Cosas vs. bienes</i>	<i>414</i>
<i>B) Artículo 334 del Código civil</i>	<i>415</i>
<i>C) Clasificación civilista de los inmuebles.....</i>	<i>419</i>
<i>D) Bien inmueble a efectos penales</i>	<i>420</i>
<i>E) Bienes inmuebles rústicos</i>	<i>423</i>

<i>F) Interpretación autónoma.....</i>	<i>424</i>
2.2.4.- VIVIENDAS Y EDIFICIOS. ¿PUEDE SER EL OBJETO MATERIAL UNA VIVIENDA QUE NO SEA INMUEBLE?	426
<i>A) Especies del género inmueble</i>	<i>426</i>
<i>B) Edificio</i>	<i>427</i>
<i>C) Vivienda</i>	<i>430</i>
<i>D) Bienes muebles que no constituyan morada.....</i>	<i>431</i>
<i>E) Toma de postura: Sólo bienes inmuebles.....</i>	<i>432</i>
2.2.5.- ¿SÓLO LOS INMUEBLES QUE NO ESTÉN EN ESTADO APARENTE DE ABANDONO? INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL OBJETO MATERIAL Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD	433
<i>A) Vías de exclusión del Derecho Penal.....</i>	<i>433</i>
<i>B) ¿Es necesaria la situación de abandono del inmueble para que haya intervención penal?.....</i>	<i>435</i>
<i>C) Ius usus innocui y función social de la propiedad.....</i>	<i>440</i>
<i>D) ¿Están tan abandonados los inmuebles como alega la defensa?....</i>	<i>442</i>
<i>E) No exigibilidad de habitabilidad.....</i>	<i>443</i>
<i>F) Principio de intervención mínima.....</i>	<i>447</i>
<i>G) El ius usus innocui y la función social de la propiedad no pueden ser soporte para la exclusión de la protección penal dada por el legislador en el art. 245.2 del Código Penal</i>	<i>457</i>
2.2.6.- SEGUNDO ELEMENTO POSITIVO DEL OBJETO MATERIAL: AJENIDAD DEL INMUEBLE, VIVIENDA, Y EDIFICIO	467
<i>A) Ajenidad a efectos penales</i>	<i>468</i>
<i>B) Bienes inmuebles: objetos idóneos de usurpación.....</i>	<i>471</i>
<i>C) Ajenidad como cuestión prejudicial.....</i>	<i>472</i>
2.2.7.- ¿SE APLICA A BIENES INMUEBLES QUE PERTENECEN AL ESTADO COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO O PATRIMONIAL?.....	477
2.2.8.- TERCER ELEMENTO DEL OBJETO MATERIAL. ELEMENTO NEGATIVO: QUE NO CONSTITUYA MORADA	494
<i>A) Objetos excluidos: la morada habitual.....</i>	<i>494</i>
<i>B) Interpretación a sensu contrario del concepto de morada, casa habitada y sus dependencias.....</i>	<i>499</i>
<i>a) Morada.....</i>	<i>500</i>

b) Casa habitada.....	505
c) Morada y casa habitada: ¿un mismo concepto?	506
d) Morada y casa habitada: ¿utilización permanente o meramente temporal?	507
e) Dependencias.....	513
C) Inmuebles aún no ocupados o ya abandonados	518
3.- Conducta típica: El artículo 245.2 del Código Penal	520
3.1.- Ausencia de violencia o intimidación	531
3.1.1.- TIPO PRIVILEGIADO: POSTURA DE BAUCELLS I LLADOS.....	540
3.1.2.- TIPO AUTÓNOMO O “SUI GENERIS”	542
3.1.3.- <i>VIS IN REBUS</i>	548
A) <i>Ni vis absoluta ni vis compulsiva</i>	548
B) <i>Ocupación subrepticia, clandestina, o con fuerza en las cosas</i>	550
C) <i>Coherencia interna del Ordenamiento Jurídico</i>	553
3.1.4.- VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN SOBREVENDIDA. ¿ARTÍCULO 245.1 Ó 245.2 DEL CÓDIGO PENAL?	555
A) <i>Artículo 245.1 del Código Penal</i>	555
B) <i>Artículo 245.2 del Código Penal</i>	559
C) <i>Toma de postura: Artículo 245.2 del Código Penal en concurso real</i>	563
3.2.- Ocupar sin autorización debida, o mantenerse contra la voluntad del titular	565
3.2.1.- ESTRUCTURA ANÁLOGA AL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA	568
3.2.2.- DISYUNTIVA ANÁLOGA A LA USURPACIÓN PROPIA	570
3.2.3.- OCUPACIÓN CIVIL VS. OCUPACIÓN PENAL	571
A) <i>Ocupación civil: modo de adquirir el dominio</i>	572
B) <i>Tratamiento jurídico de la cosa perdida, abandonada o sin dueño</i>	574
C) <i>Inmuebles: objetos no susceptibles de ocupación civil e imprescriptibles</i>	576
3.2.4.- OCUPAR: PRIMERA CONDUCTA ALTERNATIVA.....	579
A) <i>Ocupar y usurpar: conductas equivalentes</i>	579
a) <i>Diferentes posturas doctrinales</i>	586
➤ <i>Carácter permanente</i>	586
➤ <i>Necesariamente permanente</i>	589

➤ <i>Voluntad de permanencia</i>	594
➤ <i>Criterio cuantitativo y cualitativo de la permanencia</i>	604
➤ <i>Ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales</i>	610
➤ <i>Basta con entrada</i>	618
<i>B) Toma de postura: Usurpar y ocupar son conductas diferentes</i>	624
3.2.5.- MANTENERSE: SEGUNDA CONDUCTA ALTERNATIVA	631
<i>A) Significado de mantenerse</i>	636
<i>B) Omisión propia</i>	637
<i>C) Tipo mixto alternativo</i>	639
<i>D) Derogación del precepto vía interpretativa</i>	644
<i>E) Toma de postura: Interpretación restrictiva; ni extensiva ni derogatoria</i>	647
<i>F) Particular referencia al precario</i>	651
<i>G) Propuesta de lege ferenda de MAGRO SERVET</i>	660
3.2.6.- SIN AUTORIZACIÓN DEBIDA VS. CONTRA LA VOLUNTAD DEL TITULAR ...	662
<i>A) Ideas generales</i>	662
<i>B) El consentimiento del titular: causa de exclusión de la tipicidad ...</i>	663
<i>C) Sin autorización debida (ocupar)</i>	670
<i>a) Quién puede autorizar</i>	671
<i>b) Requisitos de la autorización</i>	673
<i>c) Ausencia de requisitos ad solemnitatem</i>	676
<i>d) Autorización ¿expresa o tácita?</i>	676
<i>e) La tolerancia no es autorización tácita</i>	681
<i>f) Orden de desalojo: requisito innecesario</i>	684
<i>D) Contra la voluntad del titular (mantenerse)</i>	690
<i>a) Diferencia entre actuar sin permiso o contra la voluntad</i>	690
<i>b) Voluntad contraria vs. Título jurídico habilitante</i>	694
<i>c) Manifestación en contra ¿expresa o tácita?</i>	700
<i>d) No necesidad de requerimiento</i>	703
3.2.7.- ¿DELITO DE RESULTADO O DE MERA ACTIVIDAD?.....	706
<i>A) Delito de resultado</i>	708
<i>B) Delito de actividad o mera conducta</i>	714
<i>C) Toma de postura</i>	716
3.2.8.- FORMAS DE COMISIÓN ACTIVAS Y EN COMISIÓN POR OMISIÓN: NO IMPEDIR LA OCUPACIÓN	718

A) <i>Obligaciones del arrendatario, usufructuario, usuario y habitacionista</i>	723
--	-----

CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TIPO SUBJETIVO DE INJUSTO..... 727

1.- Introducción..... 727

2.- Dolo..... 736

2.1.- Ausencia de modalidad imprudente..... 738

2.2.- Ocupación pacífica: Ocupación necesariamente dolosa..... 740

2.2.1.- ¿VOLUNTAD DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD?..... 747

2.2.2.- DOLO SOBREVENIDO 749

2.2.3.- DOLO EVENTUAL 750

3.- Otros elementos subjetivos del tipo de injusto 752

3.1.- Ánimo de lucro 755

3.1.1.- CONCEPTO 755

3.1.2.- DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES 758

A) *Ánimo de lucro como finalidad trascendente a la acción*..... 759

B) *Ánimo de lucro como parte integrante del dolo*..... 761

C) *No necesidad de ánimo de lucro* 762

D) *Toma de postura* 764

3.2.- Otros ánimos específicos 766

3.2.1.- PARTICULARIDAD DE MAGRO SERVET 766

3.2.2.- VOLUNTAD DE PERMANENCIA 766

3.2.3.- VOLUNTAD DE MORAR EN EL INMUEBLE..... 767

4.- Error 768

4.1.- Ignorancia vs., error 770

4.2.- Los objetos del error 771

4.3.- El error sobre el tipo..... 773

4.3.1.- ERROR SOBRE EL TIPO DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL 775

A) *Error sobre la existencia o alcance de la autorización* 776

B) *Error sobre la ajenidad del inmueble* 778

C) *El error debe ser probado por quien lo alega para que sea eficaz*. 780

D) *Precisiones conceptuales a los supuestos de error* 783

CAPÍTULO V.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	809
1.- Antijuridicidad	809
2.- Causas de justificación.....	813
2.1.- Legítima defensa	818
2.2.- Estado de necesidad	820
2.2.1.- REQUISITOS	827
2.2.2.- OBJECIONES.....	830
2.2.3.- EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA JURISPRUDENCIA MENOR	831
A) <i>Estado de necesidad justificante</i>	833
B) <i>Estado de necesidad como eximente incompleta</i>	838
C) <i>Estado de necesidad como atenuante analógica</i>	850
D) <i>No apreciación del estado de necesidad</i>	851
E) <i>Necesidad de prueba</i>	890
2.2.4.- ¿ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE O EXCULPANTE? TEORÍA UNITARIA O DE LA UNIDAD VS., TEORÍA DIFERENCIADORA O DE LA DIFERENCIACIÓN	905
2.3.- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo	911
2.3.1.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	912
2.3.2.- EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO.....	916
A) <i>“Derecho a la vivienda”: Naturaleza y efectos jurídicos.....</i>	917
B) <i>La ocupación pacífica ¿Una desobediencia civil justificada?</i>	921
C) <i>Las vías de hecho en la realización del “derecho a la vivienda” no son causa de justificación</i>	923
 CAPÍTULO VI.- CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCULPACIÓN	931
1.- Culpabilidad	931
2.- Error de prohibición	937
2.1.- Concepto	939
2.2.- Clases.....	941
2.2.1.- ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO	941
2.2.2.- EL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO	949
2.2.3.- VENCIBILIDAD O INVENCIBILIDAD DEL ERROR.....	954

CAPÍTULO VII.- PUNIBILIDAD, PENALIDAD, PERSEGUIBILIDAD Y PRESCRIPCIÓN.....	957
1.- Punibilidad.....	957
1.1.- Excusas absolutorias: Particular referencia al parentesco en los delitos patrimoniales no violentos	963
1.1.1.- ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL Y OCUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES	965
A) <i>Fundamento</i>	969
B) <i>Ámbito de aplicación</i>	970
a) <i>Ámbito de aplicación personal</i>	971
➤ <i>Cónyuges</i>	971
➤ <i>Ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado</i>	976
b) <i>Ámbito de aplicación real</i>	980
C) <i>Toma de postura</i>	982
2.- Penalidad.....	984
2.1.- Clasificación formal de los delitos: Por la magnitud de la pena.....	984
2.1.1.- DELITO LEVE VS. DELITO MENOS GRAVE	987
2.1.2.- DELITO GRAVE VS. DELITO MENOS GRAVE	988
2.2.- Clasificación legal de las penas	988
2.3.- La ocupación pacífica: Un delito leve por error del legislador.....	990
2.3.1.- CONSECUENCIAS	994
2.4.- Usurpación y pena de multa	996
2.4.1.- BENIGNIDAD DE LA PENA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD	998
2.4.2.- OTRAS JUSTIFICACIONES A LA PENA DE MULTA	1000
2.4.3.- CONCRECIÓN DE LA PENA	1000
2.4.4.- INSUFICIENCIA DE PENA	1004
3.- Perseguibilidad	1005
3.1.- Condiciones formales de imposición de pena	1005
3.1.1.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD O PROCEDIBILIDAD	1006
3.1.2.- INMUNIDADES Y EXENCIONES	1007
3.2.- Principio de oportunidad reglada.....	1008
3.2.1.- INOPERATIVIDAD DE LA CRISIS ANTICIPADA POR INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA	1015

A) <i>En relación a los delitos leves de naturaleza patrimonial</i>	1015
B) <i>Particular referencia a la ocupación pacífica de bienes inmuebles</i>	1016
3.3.- Delito perseguible de oficio	1017
4.- Prescripción	1021
4.1.- Prescripción del delito	1025
4.1.1.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.....	1025
A) <i>Plazo de prescripción de tres años</i>	1026
B) <i>Plazo de prescripción de cinco años</i>	1027
C) <i>Plazo de prescripción de un año</i>	1027
4.1.2.- CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN	1027
4.1.3.- INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.....	1029
4.2.- Prescripción de la pena	1036
4.2.1.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.....	1038
A) <i>Plazo de prescripción de cinco años</i>	1039
B) <i>Plazo de prescripción de uno o cinco años</i>	1040
 CAPÍTULO VIII.- FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO	1041
1.- Iter criminis	1041
1.1.- Fase interna	1042
1.2.- Fase externa	1044
1.2.1.- CONSPIRACIÓN, PROPOSICIÓN Y PROVOCACIÓN: ACTOS PREPARATORIOS NO PUNIBLES EN LA USURPACIÓN IMPROPIA	1046
1.2.2.- TENTATIVA.....	1050
A) <i>Tentativa de ocupar: Primera conducta alternativa</i>	1059
B) <i>Tentativa de mantenerse: Segunda conducta alternativa</i>	1062
C) <i>La tentativa de ocupación en la Jurisprudencia menor</i>	1063
1.2.3.- CONSUMACIÓN	1072
1.2.4.- AGOTAMIENTO	1074
2.- Autoría y participación	1075
2.1.- Autoría y participación en la Jurisprudencia menor	1081
2.1.1.- AUTORÍA	1081
2.1.2.- COAUTORÍA	1082
2.1.3.- AUTORÍA MEDIATA	1084

2.1.4.- INDUCCIÓN	1086
2.1.5.- COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD.....	1087
3.- Problemática concursal en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles	1090
3.1.- Usurpación pacífica y restantes modalidades usurpatorias.....	1100
3.2.- Usurpación pacífica y concurso de leyes	1101
3.2.1.- ALLANAMIENTO DE MORADA	1101
3.2.2.- USURPACIÓN PROPIA O VIOLENTA	1107
3.2.3.- COACCIONES Y AMENAZAS	1114
3.2.4.- ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONA JURÍDICA PÚBLICA O PRIVADA, DESPACHO PROFESIONAL U OFICINA, ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O LOCAL ABIERTO AL PÚBLICO	1121
3.3.- Usurpación pacífica y concurso real	1125
3.3.1.- DAÑOS.....	1126
3.3.2.- ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA	1135
3.3.3.- DEFRAUDACIONES DE FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS	1139
3.3.4.- SALUD PÚBLICA	1140
3.3.5.- COACCIONES	1141
3.3.6.- ESTAFA INMOBILIARIA.....	1141
3.4.- Usurpación pacífica y concurso medial.....	1146
3.4.1.- FALSEDADES DOCUMENTALES	1146
3.4.2.- REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO	1150
3.5.- Usurpación pacífica y concurso ideal.....	1152
3.5.1.- DESOBEDIENCIA	1152
3.5.2.- COACCIONES	1155
3.5.3.- PREVARICACIÓN	1156
 CAPÍTULO IX.- VALORACIÓN CRIMINOLÓGICA Y POLÍTICO CRIMINAL	 1159
1.- Criminología de las ocupaciones.....	1160
1.1.- Okupación.....	1162
1.1.1.- SENTIDO GRAMATICAL	1162
A) <i>Okupa</i>	1163
B) <i>Okupar</i>	1163

1.1.2.- CONCEPTO SOCIOLÓGICO.....	1164
A) <i>Catalizadores del movimiento okupa</i>	1167
B) <i>Singularidades en la trayectoria del movimiento okupa</i>	1168
C) <i>Reconfiguraciones del movimiento okupa</i>	1169
D) <i>Movimiento urbano</i>	1170
E) <i>Relaciones con movimientos alter/anti globalización</i>	1172
1.1.3.- CONFIGURACIONES BÁSICAS DEL FENÓMENO OKUPA.....	1172
A) <i>Okupación debida a la pobreza (simple ocupación)</i>	1173
B) <i>Okupación como estrategia alternativa de vida</i>	1173
a) <i>Personas</i>	1173
b) <i>Tipo de inmuebles</i>	1174
c) <i>Marco cognitivo</i>	1174
d) <i>Demandas</i>	1175
e) <i>Patrones de organización y movilización</i>	1175
C) <i>Okupación para la creación de espacio social</i>	1175
D) <i>Okupación conservacionista</i>	1176
E) <i>Okupación política</i>	1177
a) <i>Movimiento 15M</i>	1178
1.1.4.- MOTIVACIONES DE LA OKUPACIÓN	1179
A) <i>Creación de nuevas relaciones sociales</i>	1184
B) <i>Reescritura de la historia</i>	1185
C) <i>Herramienta para la lucha</i>	1186
D) <i>Espacio para la subversión</i>	1187
E) <i>Reacción frente a la usura bancaria</i>	1188
F) <i>Instrumento para cambios sociales y políticos</i>	1188
G) <i>Camino para el triunfo político</i>	1188
H) <i>Creación de debate social</i>	1189
I) <i>Creación de nuevas condiciones sociales</i>	1191
J) <i>Herramienta de confrontación</i>	1192
1.2.- Ocupación: problema económico, no ideológico	1192
1.2.1.- PERSONAS SIN HOGAR.....	1193
1.3.- Un nuevo modelo de ocupación: Ocupaciones no conformes u	
ocupaciones negras.....	1197

1.4.- Evolución de las ocupaciones pacíficas de bienes inmuebles (2009-2014) a través de las Memorias de la Fiscalía General del Estado.....	1200
1.4.1.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2010	1200
A) <i>Diligencias Previas por delitos de usurpación</i>	1200
1.4.2.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2011	1201
A) <i>Diligencias Previas por delitos de usurpación</i>	1201
1.4.3.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2012	1201
A) <i>Diligencias Previas por delitos de usurpación</i>	1202
1.4.4.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2013	1202
A) <i>Causas incoadas/calificadas por delitos de usurpación</i>	1202
B) <i>Análisis de la Memoria</i>	1203
1.4.5.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2014	1203
A) <i>Evolución interanual de incoaciones (Previas + Urgentes) y calificaciones</i>	1204
B) <i>Distribución de las calificaciones por estos delitos en los distintos procedimientos</i>	1204
C) <i>Análisis de la Memoria</i>	1204
1.4.6.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2015	1205
A) <i>Evolución interanual de incoaciones (Previas + Urgentes) y calificaciones</i>	1205
B) <i>Distribución de las calificaciones por estos delitos en los distintos procedimientos</i>	1205
C) <i>Análisis de la Memoria</i>	1206
1.4.7.- PRECISIONES A LOS DATOS ESTADÍSTICOS.....	1207
2.- Consideraciones de política criminal.....	1209
2.1.- Diversos planteamientos de política criminal en el entorno europeo..	1209
2.1.1.- INGLATERRA.....	1211
2.1.2.- HOLANDA	1217
2.1.3.- FRANCIA	1222
2.1.4.- ALEMANIA.....	1227
2.2.- Mínima intervención del Derecho Penal: ¿ilícito civil? o ¿ilícito administrativo?.....	1235
2.2.1.- PERTURBACIÓN ILEGÍTIMA DE LA POSESIÓN INMUEBLE. ¿ILÍCITO CIVIL?	1237

A) <i>Asimilación del okupa al precarista</i>	1239
B) <i>Protección civil a través del Registro de la Propiedad (acción real registral del artículo 41 LH)</i>	1241
C) <i>Relaciones jurídico-reales no inscritas o no inscribibles (acciones posesorias y petitorias)</i>	1241
2.2.2.- <i>SEGURIDAD CIUDADANA. ¿ILÍCITO ADMINISTRATIVO?</i>	1246
A) <i>Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana. (Derogada)</i>	1246
B) <i>Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana</i>	1247
a) <i>El Anteproyecto de Ley Orgánica</i>	1247
b) <i>El Proyecto de Ley Orgánica</i>	1250
c) <i>Tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados</i>	1251
➤ <i>Enmienda núm. 37, de la Sra. Pérez Fernández (GMx)</i>	1252
➤ <i>Enmienda núm. 221, del G.P. Unión Progreso y Democracia.</i> 1252	
➤ <i>Enmienda núm. 160, del G.P. Socialista</i>	1252
➤ <i>Enmienda núm. 78, del G.P. Vasco (EAJ-PNV)</i>	1253
➤ <i>Enmienda núm. 180, del G.P. Popular</i>	1253
d) <i>Tramitación parlamentaria en el Senado</i>	1254
➤ <i>Enmienda núm. 87, del Grupo Parlamentario Socialista (GPS)</i> 1255	
➤ <i>Enmienda núm. 166, del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC)</i>	1256
➤ <i>Enmienda núm. 133, del Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (EAJ-PNV) (GPV)</i>	1256
e) <i>Redacción definitiva</i>	1257
2.2.3.- <i>OCUPACIÓN ¿ILÍCITO ADMINISTRATIVO O PENAL?</i>	1258
A) <i>Diferenciación por razón del objeto material</i>	1266
a) <i>Inmuebles que no constituyan morada</i>	1267
b) <i>Inmuebles que constituyan morada</i>	1268
B) <i>Diferenciación por razón de la conducta</i>	1271
2.3.- Propuestas de lege ferenda	1278
CONCLUSIONES	1285

BIBLIOGRAFÍA	1317
 ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA	 1437
1.- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	1437
2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	1437
2.1.- Sentencias Pleno	1437
2.2.- Sentencias Sala Primera	1439
2.3.- Sentencias Sala Segunda	1439
2.4.- Autos.....	1440
3.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo	1440
3.1.- Sala Primera	1440
3.2.- Sala Segunda	1441
3.3.- Sala Tercera (Contencioso-administrativo).....	1450
4.- Jurisprudencia <i>menor</i> , Tribunales Superiores de Justicia	1450
5.- Jurisprudencia <i>menor</i> , Audiencias Provinciales	1450
5.1.- Sentencias.....	1450
5.2.- Autos.....	1515
6.- Juzgados de lo Penal	1520
 ANEXO 2.- RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO	 1521
1.- Resoluciones de la DGRN. Registro Mercantil.....	1521
2.- Resoluciones de la DGRN. Registro de la Propiedad.....	1521
 ANEXO 3.- FUENTES DE DERECHO HISTÓRICO Y TRABAJOS LEGISLATIVOS.....	 1523
1.- Fuentes de Derecho Histórico.....	1523
2.- Trabajos legislativos.....	1523
2.1.- Código Penal.....	1523
2.2.- Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana	1525
2.3.- Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito.....	1525
2.4.- Ley de Seguridad Privada	1525

ANEXO 4.- CIRCULARES, INSTRUCCIONES, CONSULTAS Y NOTAS DE SERVICIO DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y DE LAS FISCALÍAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	1527
1.- Circulares FGE.....	1527
2.- Instrucciones.....	1527
3.- Consultas.....	1527
4.- Notas de servicio.....	1528
 ANEXO 5.- INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y DEL CONSEJO FISCAL	1529
1.- Informes del CGPJ.....	1529
1.1.- Votos particulares	1529
2.- Informes del Consejo Fiscal	1530
 ANEXO 6.- ACUEDOS DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS ADOPTADOS EN PLENOS NO JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y AUDIENCIAS PROVINCIALES	1531
1.- Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del TS.....	1531
2.- Acuerdos AP	1532
 ANEXO 7.- ENLACES WEB	1533
1.- Recursos electrónicos relacionados con la ocupación de bienes inmuebles ...	1533
2.- Legislación comparada	1535
3.- Otros recursos electrónicos	1535
 ANEXO 8.- DICCIONARIOS.....	1537
 RESUMEN	1539
1.- Introducción-Objetivos.....	1539
2.- Metodología	1541
3.- Conclusiones-Resultados	1542
 ABSTRACT	1543
1.- Foreword-Objectives.....	1543

2.- Methodology	1545
3.- Conclusions-Results	1546
SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA.....	1547

INTRODUCCIÓN

La usurpación de bienes inmuebles en sus distintas modalidades, y la ocupación pacífica de inmuebles en particular, no pueden concebirse sin la previa existencia de la propiedad sobre tales bienes. Para poder ocupar un inmueble, vivienda, o edificio ajeno, es preciso que el mismo pertenezca a alguien; es decir que esté presente la noción de propiedad. Propiedad inmueble que no pudo tener existencia, ni por ende la usurpación, mientras el hombre mantuvo una vida nómada.

El desarrollo del pastoreo y la agricultura hicieron al hombre sedentario, y fueron quehaceres originarios de la existencia de la propiedad inmueble; surgiendo una íntima relación de dependencia entre las creencias y dogmas religiosos y los derechos y obligaciones de la propiedad territorial. La constitución de la propiedad individual bajo los auspicios de la religión consagraba su inviolabilidad, respondiendo el transgresor con su persona ante la divinidad ofendida. En Grecia y Roma la religión de familia, por la forma en que se practicó dio a la propiedad territorial sus caracteres comunes primitivos: individualidad, inalienabilidad, inviolabilidad, e imprescriptibilidad. Los dioses que habitaban dentro del recinto familiar eran los encargados de custodiarlo y defenderlo, pues concurrían a señalar y consagrar la división y límites entre propiedades. Desde entonces hasta hoy, la protección que el Derecho ha dispensado a la propiedad inmobiliaria, frente a los ataques no violentos a la misma (usurpación impropia) ha sido disímil: bien fijando como pena que los responsables mueran por ello, bien una sanción pecuniaria (en ocasiones vinculada a la utilidad reportada o al beneficio obtenido), o la mera restitución del inmueble a su legítimo poseedor.

Hasta la década de los 60 la acción de ocupar un bien inmueble sin autorización debida era un fin en sí misma; respondía a una necesidad material: la búsqueda de vivienda. Desde entonces, y frente a las tradicionales ocupaciones, surge el movimiento “okupa” como una respuesta ideologizada frente a valores tradicionales de la sociedad como la propiedad. La okupación deja de ser un fin en sí misma y se convierte en un medio, en una herramienta de lucha, al margen de las vías legales, contra el orden político, económico, social y jurídico establecido. Este fenómeno “okupa” llega tarde a

España en relación a otros países del continente europeo como Reino Unido (*squatters*), Alemania (*besetzers*), u Holanda (*krakers*), comenzando su andadura como movimiento social a principios de los ochenta.

Ante esta situación el Código Penal de 1995, según su Exposición de Motivos, “*ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser*”, y tipifica en su artículo 245.2 la ocupación pacífica de bienes inmuebles. Si bien, no crea un delito de nuevo cuño. Se limita a reintroducir *como delito*, la usurpación impropia como ya hicieran el Código Penal de 1848, la reforma de 1850, el Código Penal de Carlos VII, el Código Penal de 1928, y el primero de los Códigos Penales españoles, el de 1822; aunque este último limitado a la usurpación pacífica de bienes públicos o comunales. En los demás Códigos Penales la conducta parece relegarse a la categoría de *falta*.

Tras la reintroducción en el Código Penal de la ocupación pacífica *como delito* ha existido una oposición por diversos operadores jurídicos a la aplicación de este precepto legal, una gran permisividad institucional a favor de la ocupación, y diversos intentos parlamentarios de derogación. Así algunas asociaciones de abogados han mostrado la necesidad de derogar el artículo 245.2 CP; la Fiscalía del TSJ de Cataluña concluyó que la entrada en vigor de la LEC podría entrañar una derogación tácita de la norma penal; Jueces para la Democracia acordó solicitar al Parlamento Español la derogación del art. 245.2 CP; el Defensor del Pueblo ha mediado instando cesiones temporales de otros inmuebles vacíos o el retraso del desalojo de ocupas; el Gobierno atendiendo a una proposición no de ley del Parlamento de Cataluña indultó a un okupa condenado por los disturbios ocurridos en una manifestación de protesta tras el desalojo del Cine Princesa; y en la VI Legislatura (1996-2000) y VII Legislatura (2000-2004) se han presentado un total de cuatro Propositiones de Ley Orgánica para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada proponiendo que el apartado 2 del artículo 245 quedase sin contenido y que los Jueces y Tribunales procediesen a revisar de oficio las sentencias condenatorias dictadas en aplicación de dicho tipo penal. Asimismo, existe un sector doctrinal y jurisprudencial que, al amparo del manido principio de intervención mínima, pretende restringir el

ámbito de aplicación del artículo 245.2 del Código Penal, so pretexto de existir una protección del patrimonio inmobiliario en el orden jurisdiccional civil, a través de las acciones registrales y juicios verbales de tutela sumaria de la posesión. Consideran que no debe producirse la intervención penal en tres supuestos: las conductas que no supongan un riesgo (ni lesión, ni peligro) para el bien jurídico protegido; las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales; y las ocupaciones de fincas abandonadas y en las que no exista una posesión socialmente manifiesta en virtud de la función social que desempeña la propiedad.

La ocupación de bienes inmuebles, lejos de ser un fenómeno aislado y tendente a la eliminación se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años. Así lo atestiguan los datos de las Memorias de la Fiscalía General del Estado. Junto estos datos oficiales se puede observar cómo se está convirtiendo en práctica habitual, en los medios de comunicación, la noticia de las ocupaciones y los problemas de convivencia que generan en su entorno social. Recientemente, y ligado a las simples ocupaciones (por contraposición a las okupaciones) nos encontramos con la existencia de bandas organizadas, denominadas “inmobiliarias okupas”, que se lucran con los inmuebles deshabitados, mediante la fingida venta o alquiler de los mismos a terceras personas, o simplemente mediante la “patada en la puerta” para facilitar el acceso (la ocupación) a los mismos.

El legislador español en su última reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, pese a no modificar el artículo 245.2 del Código Penal, (que mantiene invariable su redacción originaria) ha degradado por error éste y otros delitos, relegándolos a la categoría de delitos leves (frente a la anterior clasificación de los mismos como delitos menos graves) con la consecuencia de que su enjuiciamiento deja de ser competencia de los Juzgados de lo Penal para ser de los Juzgado de Instrucción (como las antiguas faltas), la inaplicabilidad de la agravante de reincidencia... La situación se complica aún más tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana, en cuyo artículo 37.7 párrafo primero se sanciona como infracción administrativa (cuando no sea constitutiva de infracción penal) una conducta muy similar a la tipificada en el artículo 245.2 del Código Penal.

En este estado de cosas, el objeto de la presente tesis es el análisis de ambas conductas (ocupación *vs.*, okupación), para poder concluir si las mismas son subsumibles en el artículo 245.2 del Código Penal, si es necesario el mantenimiento de la tipificación penal de éstas, cuándo nos hallamos ante una mera infracción administrativa, o si basta con la respuesta que el ordenamiento civil puede dispensar para la recuperación de la posesión de los bienes inmuebles. Estableciendo, además, las oportunas propuestas de *lege ferenda* con el objeto de mejorar y perfeccionar el Ordenamiento jurídico, con las consecuencias inmediatas que conlleva en la práctica judicial, jurídico-legal y forense. Para ello partimos de sus antecedentes histórico legislativos y bien jurídico protegido; analizamos el tipo penal desde una concepción finalista del delito; realizamos una exposición de las distintas posturas doctrinales (desde aquellas que postulan su destipificación, hasta aquellas que han promovido su inclusión como delito en el Código Penal de 1995 y que preconizan y mantienen la necesidad y constitucionalidad de esta figura delictiva), y especialmente plasmamos un pormenorizado análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (casi inexistente) y de la Jurisprudencia *menor*; concluyendo con una valoración criminológica y político criminal.

CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS

SUMARIO: ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS. 1.- Antecedentes legislativos previos a la codificación. 1.1.- La sociedad y la propiedad como presupuesto del delito de usurpación 1.2.- Pueblos prerromanos 1.3.- La usurpación de bienes inmuebles en el Derecho romano 1.3.1.- MITOLOGÍA: DIOSES, PROPIEDAD Y USURPACIÓN 1.3.2.- DERECHO PENAL ROMANO 1.3.3.- IUS PRIVATUM A) *Rei vindicatio* B) *Interdictos posesorios* a) *De los interdictos adipiscendae possessionis* b) *De los interdictos recuperandae possessionis* d) *De los interdictos tam adipiscendae quam recuperandae possessionis* 1.4.- Época visigótica 1.4.1.- COMPILACIONES DEL DERECHO VISIGODO: CÓDIGO DE EURICO A) *De invasionibus* B) *De terminis* 1.4.2.- COMPILACIÓN DE DERECHO ROMANO: BREVIARIO DE ANIANO 1.4.3.- COMPILACIÓN DE DERECHO NACIONAL: LIBER IUDICIORUM A) *De inlatis violentiis et damnis* B) *De divisionibus, et annorum temporibus atque limitibus* 1.5.- La Reconquista 1.5.1.- FUEROS MUNICIPALES 1.5.2.- FUERO DE LEÓN 1.5.3.- FUERO REAL O FUERO DE LAS LEYES 1.5.4.- LAS PARTIDAS 1.5.5.- ORDENAMIENTO DE ALCALÁ 1.6.- Movimiento recopilador 1.6.1.- ORDENAMIENTO DE MONTALVO 1.6.2.- LEYES DE TORO 1.6.3.- NUEVA RECOPIACIÓN 1.6.4.- NOVÍSIMA RECOPIACIÓN 2.- Codificación penal 2.1.- Orígenes de la codificación penal en España 2.1.1.- CÓDIGO FERNANDINO 2.1.2.- PLAN DE CÓDIGO CRIMINAL DE 1787 2.1.3.- PERIODO PREVIO A LA CODIFICACIÓN PENAL 2.2.- La usurpación en los diferentes Códigos Penales españoles 2.2.1.- CÓDIGO PENAL DE 1822 2.2.2.- CÓDIGO PENAL DE 1848 2.2.3.- REFORMA DE 1850 2.2.4.- CÓDIGO PENAL DE 1870 2.2.5.- CÓDIGO PENAL DE CARLOS VII 2.2.6.- CÓDIGO PENAL DE 1928 2.2.7.- CÓDIGO PENAL DE 1932 2.2.8.- CÓDIGO PENAL DE 1944. REFORMAS POSTERIORES A) *Propuestas de tipificación de la Fiscalía* B) *Texto revisado de 1963 y Texto refundido de 1973* C) *Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal* D) *Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal* E) *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal* 2.2.9.- PROYECTOS DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL A) *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980* B) *Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983* C) *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992* D) *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994* 2.2.10.- CÓDIGO PENAL VIGENTE DE 1995. REFORMAS POSTERIORES A) *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* B) *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* C) *Del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (X Legislatura) a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* 2.2.11.- INTENTOS DE DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL A) *Proposiciones de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso (VI y VII Legislatura)* a) *Grupo Parlamentario Federal de IU (VI Legislatura)* b) *Partido Democrático de la Nueva Izquierda, e Iniciativa-Els Verds. Grupo Mixto (VI Legislatura)* c) *Iniciativa Per Catalunya-Verds. Grupo Mixto (VII Legislatura)* d) *Esquerra Republicana de Catalunya. Grupo Mixto (VII Legislatura)* B) *Despenalización de facto* a) *Operadores jurídicos en favor del movimiento okupa* b) *Colectivos de jueces en favor del movimiento okupa* c) *Otras instituciones en favor del movimiento okupa: Defensor del Pueblo. Partidos políticos e indultos* 3.- Legislación Administrativa Especial 3.1.- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana (Derogada) 3.2.- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana 3.3.- Vigilancia y protección de bienes inmuebles. Particularidades de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada 3.3.1.- LEY 5/2014, DE 4 DE ABRIL, DE SEGURIDAD PRIVADA

1.- Antecedentes legislativos previos a la codificación

1.1.- La sociedad y la propiedad como presupuesto del delito de usurpación

Al ser el Derecho connatural a la sociedad, la Historia del Derecho debe remontarse a la formación de la sociedad misma y, en última instancia, a la propia aparición del hombre¹.

Como señala VALLET DE GOYTISOLO, “el Derecho evidentemente presupone la existencia de Sociedad. Se ha dicho repetidamente que sin Sociedad no cabe Derecho. Que Robinson, no pudo tener ningún derecho, ni ninguna relación jurídica mientras estuvo solo. Claro que, como a Robinson lo situamos en una isla desierta pero existente en el mundo, esa situación de Robinson podía ser jurídica, o al menos transformarse en jurídica en el momento en que pusiese el pie en la isla otra persona aun antes de entrar ambos personalmente en contacto. Aunque con Robinson no coexistiera sociedad alguna, esa sociedad existía en otras partes del mundo con posibilidad de tener acceso a la isla, de modo que, en potencia, en germen, puede decirse que el Derecho preexistía. Ahora bien, si sólo hubiese una persona en el mundo o únicamente varias entre sí aisladas, separadas por miles de kilómetros y prácticamente sin ponerse en contacto entre ellas, el Derecho no podría existir. Es decir, el Derecho presupone la Sociedad, presupone relaciones de intereses de toda clase entre los miembros de la sociedad, que deben resolver sus conflictos con justicia. ... Sociedad y Derecho son anteriores al Estado. Antes de existir el Estado, existió la Sociedad y, desde que hubo Sociedad, existió el Derecho. Porque no se concibe una sociedad que no tenga un Derecho aunque sea primario. En la época más primitiva, lo administraría el más anciano de la tribu, para determinar quién tenía y quién no tenía razón en las disputas surgidas entre los miembros de la misma”².

Por su parte, la usurpación de bienes inmuebles en sus distintas modalidades, y la ocupación pacífica de inmuebles en particular, no puede concebirse sin la previa

¹ ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*. Ed. Impreso en España Solana e Hijos, A.G., S.A.U., 4ª edición revisada. Madrid, 2012. Pág., 71.

² VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho Civil*. Ed. Bosch, 2ª edición corregida. Barcelona, 1973. Págs., 32-34.

existencia de la propiedad sobre tales bienes. Para poder ocupar un inmueble, vivienda, o edificio ajeno, es preciso que el mismo pertenezca a alguien; es decir que esté presente la noción de propiedad³.

³ “Entre los derechos originarios de la naturaleza no hay ninguno tan estrechamente ligado con el hombre como el de apropiarse los objetos exteriores necesarios para la conservación de su vida. La historia de ese derecho comienza en aquel día en que Dios dijo a Adán, al lanzarle del Paraíso: "Comerás el pan con el sudor de tu frente", porque esa pena lleva en sí, como consecuencia, el derecho de hacer suyos los instrumentos del trabajo y el aprovecharse del fruto de su labor. La propiedad no es lo mismo que la apropiación; pero es su lógica e inmediata consecuencia. A la idea del derecho de usar las cosas sigue, como la sombra al cuerpo, en el espíritu del hombre la certidumbre del derecho de sujetarlas a su dominio, si mediante un acto, a la vez de su voluntad y de su cuerpo, las ocupa con este fin, incorporándolas a su personalidad. Esta génesis de la propiedad anterior a toda ley civil, tiene su comprobación histórica en la necesidad en que se encontró el hombre primitivo de defender su existencia enfrente de los seres que constantemente la amenazaban, superiores muchos de ellos a él en fuerza y dotados de armas naturales de que el carecía. En aquella primera y horrible lucha de todos los momentos, sin la inteligencia con que la naturaleza le había sublimado sobre todos los demás seres creados y sin la apropiación, hubiera seguramente sucumbido. Una y otra le sirvieron para proveerse de armas por él ideadas, construidas y adecuadas para luchar con ventaja contra los animales feroces y poder herirlos desde lejos, antes de que hicieran en él presa con sus garras o con sus dientes; una y otra le enseñaron a utilizar las grutas, los lagos, los árboles y las alturas para construir albergues o recintos donde poder descansar, con relativa seguridad, a cubierto de los ataques nocturnos de las fieras y al abrigo de las inclemencias del cielo y de la tierra; una y otra pusieron en sus manos las primeras flechas y las primeras redes para obtener, por medio de la caza y la pesca, los alimentos necesarios a su organización. Vencedor de aquellas resistencias que la naturaleza primitiva le opuso en sus primeros pasos, pudo el hombre, con tranquilo espíritu, volver la vista sobre sí mismo para darse cuenta de su naturaleza y de sus destinos, y al revelársele a la luz de los resplandores de la conciencia, en toda su grandeza el mundo moral, con la idea de su propia existencia, base de todo racional conocimiento, adquirió también la de su libertad, y con la de su libertad la de la legitimidad del ejercicio de aquellos medios que a su sustentación y a su desarrollo contribuyeron y de cuantos también habían de facilitarle el cumplimiento de la misión providencial que estaba llamado a realizar en el tiempo dentro de la familia, de la ciudad, del Estado y de la humanidad. Así la historia y la filosofía se conciertan para dar a la *propiedad* el más alto de los orígenes, para hacer de ella un postulado a la vez de la naturaleza, del individuo y de la sociedad. Pero como todo derecho, que según la ley racional corresponde a una persona, al afirmarlo en ella, no puede dejar de afirmarse también en justicia en cada uno de los hombres, síguese de aquí que esa facultad de incorporar los objetos a su propia personalidad que todo individuo tiene, no es en él una facultad actual ni absoluta, sino meramente potencial y condicionada. Las cosas, de manos del Creador salieron adecuadas para poder ser por el hombre ocupadas, y el hombre capacitado para hacerlas suyas. Pero de esto no se desprende otra consecuencia sino que esa capacidad de adquirir que en cada hombre existe, sólo puede convertirse en una realidad que dé vida concreta al derecho de propiedad, cuando la cosa de que se trate no haya sido antes por otro ocupada, o lo que es lo mismo, cuando sobre la capacidad pasiva del objeto para ser adquirido no se haya ejercitado con antelación el derecho subjetivo de ocuparla que en todo hombre potencialmente reside... Aun aquellos escritores que ven en la propiedad una mera creación de los Poderes públicos, una institución civil, confundiendo lamentablemente dos cosas distintas, la existencia del derecho con su protección externa, aun esos, con nosotros convienen en la justicia y alta conveniencia de su instituto, igualándonos, si no excediéndonos, en alegar razones para que por todos sea respetada y por los Poderes públicos defendida con la energía que reclama su integral mantenimiento, siendo, como es, la base angular sobre la que descansa, como en cimiento abierto en roca viva, todo el peso y balumba de las modernas organizaciones sociales y políticas”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VI. 2ª edición, corregida y aumentada* (establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García). Madrid, 1914. Págs., 5-8.

1.2.- Pueblos prerromanos

En el período arqueológico existió desde luego la propiedad mueble porque en él se apropiaban los hombres los frutos que daba la tierra y las armas que empleaban para la defensa o la caza; pero la propiedad inmueble no podía tener existencia (ni por ende la usurpación) a causa de la vida nómada que el hombre hacía.

En el período siguiente (el neolítico) la pesca podía ya exigir un asiento más o menos fijo en el lugar donde se ejercitaba, como lo atestiguan los kioken-modingos⁴. Además, la forma de la caza pudo haber sufrido algunas modificaciones, dejando la tribu su estado de puramente nómada y convirtiéndose, por lo mismo, en más o menos sedentaria. Encontramos asimismo en este período el pastoreo, el cual no trae necesariamente aparejado uno u otro género de vida; pero, dadas las circunstancias de los tiempos, las tribus debieron ejercer ambos a la vez. La vida sedentaria mientras la tierra proporcionaba medios para alimentar el ganado; y la nómada, cuando por el agotamiento de la misma, era preciso abandonarla y trasladarse a otros parajes.

En el período siguiente, el de los metales, se halla más desarrollado el pastoreo y también la agricultura, originarias ambas ocupaciones de la existencia de la propiedad inmueble, la cual necesariamente fue adquiriendo estabilidad a medida que dichas ocupaciones se desarrollaron⁵.

⁴ “En cuanto al Kiokenmodingo, redúcese a depósitos de restos de comida, según la etimología de la palabra danesa, que nosotros podemos sustituir con la de Paradero, expresión empleada en América para expresar el depósito de despojos que dejan las tribus errantes en aquellos puntos donde permanecen algún tiempo. Por regla general, los Kiokenmodingos se hallan en la costa misma del mar, formando unos altozanos que hasta cierto punto imitan por su forma a los médanos, y en los cuales aparecen instrumentos de piedra más o menos toscos, mezclados con otros de hueso, alguna cerámica, muchos huesos de mamíferos partidos a lo largo para la extracción de la médula, restos de aves y de peces, y conchas pertenecientes a especies vivas aún y comestibles, y de las cuales se alimentaban, lo mismo que de las carnes de los demás animales, cuyos despojos allí se encuentran revueltos confusamente. Los Paraderos no son exclusivos de este período, muchos pertenecen al del cuchillo, como entre otros puede citarse el de la cueva de Santillana, y hasta los hay que son contemporáneos, debiendo incluir en esta categoría los que actualmente forman las hordas salvajes de la tierra del fuego, por ejemplo, visitados por los naturalistas de la expedición al Pacífico”. VILLANOVA Y PIERA, J.: *Conferencias dadas en Santander. Estudio Preliminar de Orestes Cendrero Uceda*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria. Santander, 1997. Pág., 76.

⁵ VOZ PROPIEDAD en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XLVII. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1986. Pág., 934.

Al comenzar los tiempos históricos, la Península se hallaba ocupada por los íberos de procedencia africana y hermanos de los actuales pueblos berberiscos. Más tarde llegaron los celtas, raza belicosa que penetró por los Pirineos⁶. Los primeros colonizadores griegos, fenicios y cartagineses, vinieron en corto número, y su acción, más intensa en el litoral levantino y meridional, no penetró en las tribus del interior sino en forma de relaciones comerciales⁷.

Hasta los primeros tiempos de la dominación romana, España aparece fraccionada en numerosas tribus o pueblos independientes. Únicamente Tartessos superó esta elemental organización y constituyó un reino extenso.

Entre los íberos existió la división fundamental de los hombres en esclavos y libres. Había, indudablemente, siervos públicos y privados. La insuficiencia del Estado para garantizar el orden social y los derechos individuales favoreció el desarrollo de la *clientela* o dependencia voluntaria. Los débiles se hacían *clientes* de personajes ricos o poderosos, a los que debían lealtad y adhesión sin límites, a cambio de su protección.

La organización gentilicia (*gentilitates*), derivación o ampliación de la familia, era una sociedad para la protección y defensa común, con enterramiento propio y con asambleas especiales de carácter político. Varias *gentilitates* constituían una *tribu*.

⁶ “Los íberos alcanzaron su mayor grado de cultura en la parte sur de Andalucía, donde llegó a existir un gran centro de comercio, riqueza y civilización, que se conoce por el nombre de Tartesos”. PEMÁN, J.M.: *La Historia de España contada con sencillez*. Ed. Homolegens. Madrid, 2012. Pág., 26. “Una vez lograda cierta estabilidad entre los diferentes pueblos que chocaron en la península [y surgido el pueblo celtíbero], se cree que las tribus resultantes se distribuyeron aproximadamente de la siguiente manera: los galaicos, o gallegos, habitando el territorio que tomó su nombre; los astures, en Asturias; los cántabros, divididos en nueve grupos, en la Cantabria, o sea el litoral comprendido entre la ría Villaviciosa y Castro-Urdiales; los autrigones, váldulos y vascones, en los países correspondientes a las actuales Provincias Vascongadas, Navarra y parte de Aragón, hacia Huesca; desde aquí, por toda Cataluña, hacia el mar, los ilergetas, bargusios, laietanos, suetanos, cerretanos e idigetes; en Valencia y parte de Castellón y Zaragoza, los edetanos; en Alicante y Murcia, los contestanos; los turdetanos, al sur de Extremadura y oeste de Andalucía; los túrdulos, al centro y este de la misma; los lusitanos (la más poderosa de las naciones ibéricas, según dice un autor griego) en casi toda Portugal y algo de Extremadura; los vacceos, en la parte de Castilla la Vieja; los celtíberos, en la parte de la Nueva y de Aragón; los vetones en la región entre el Duero y el Guadiana, y en especial Extremadura, Salamanca y Ávila; los carpetanos, en Toledo y parte de Madrid y Guadalajara, y los oretanos, en la región de Ciudad Real”. FERRANDIS TORRES, M.: *Historia General de la Cultura. Tomo I (Hasta el siglo XV)*. Ed. Estades, Artes Gráficas S.A., 7ª edición. Madrid, 1967. Pág., 148.

⁷ Voz ESPAÑA en *Diccionario Enciclopédico Abreviado*. Tomo III. Ed. Espasa-Calpe, S.A., 7ª edición. Madrid, 1957. Pág., 891.

El suelo era propiedad de la tribu; lo usufructuaban comunalmente los clanes o gentilidades. Entre los vacceos, y acaso en otras tribus, las tierras laborales, cuyo dominio era del Estado tribal, se distribuían anualmente. Con los frutos recogidos se formaba una masa común, que se repartía entre los miembros de la tribu, castigándose las ocultaciones de cosecha con la pena de muerte. Este régimen de comunidad de bienes entre los miembros de una *gens* pasa poco a poco a convertirse en comunidad de bienes entre los *agnados*. Al hijo que se establecía fuera de la casa paterna se le dotaba, sin tocar al vínculo, en proporción a la fortuna de la familia, siendo la dote reversible al tronco en determinadas condiciones, que es lo que se ha llamado troncalidad.

Cada tribu tenía una capital o centro fortificado, situado en el lugar más favorable para la defensa del territorio, con una ciudadela en el centro o a uno de sus lados, llamada *arx* por los romanos⁸. Las *gentilitates* tenían otros núcleos defensivos menos importantes, los “castros”, llamados por los romanos *vicos o castella*. La tribu no era, pues, un organismo puramente político, sino social. Abarcaba toda la vida y tenía también carácter religioso y jurídico⁹.

1.3.- La usurpación de bienes inmuebles en el Derecho romano

1.3.1.- MITOLOGÍA: DIOSES, PROPIEDAD Y USURPACIÓN

En Grecia y Roma existió una íntima relación de dependencia entre las creencias y dogmas religiosos y los derechos y obligaciones de la propiedad territorial¹⁰. La religión de familia, por la forma en que se practicó en Grecia y Roma, fue la que dio a la propiedad territorial de ambos pueblos sus caracteres comunes primitivos. Los dogmas

⁸ V. gr.: Numancia o *Numantia*.

⁹ AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media*. Ed. Espasa-Calpe, S.A., 11ª edición. Madrid, 1971. Págs., 172-174.

¹⁰ “Si Grecia es el pueblo de la Ciencia y del Arte, el pueblo de la belleza, de la medida y de la proporción, Roma es el pueblo de las Leyes, de la sabia administración y del Derecho. Grecia, pueblo espiritual... Roma, pueblo práctico por excelencia, lo primero que dejó a la civilización fueron leyes”. COMAS DE MONTÁÑEZ, M.: *Historia de España y de su civilización. Primera parte. Tiempos antiguos y medios*. Ed. Sócrates, 9ª edición revisada. Barcelona, 1962. Pág., 45. “... las instituciones públicas y privadas del pueblo romano, las cuales, claro está, no en todas las épocas fueron las mismas, sino que estuvieron sujetas a un desarrollo íntimamente relacionado con la expansión territorial del poder político...” BLOCH, L.: *Instituciones romanas* (Traducción de la 3ª edición alemana por el Dr. Guillermo Zotter). Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1930. Pág., 9.

y prácticas de esta religión contribuyeron sobre manera a la individualidad, a la inalienabilidad, a la inviolabilidad y a las demás circunstancias características del dominio, según su constitución primitiva en Occidente.

Eran los dioses de aquella religión el hogar o fuego sacro que constantemente debía arder en cada domicilio y los antepasados de las respectivas familias¹¹. El modo de dar culto a estos dioses constituía una propiedad individual con condiciones y formas especiales. Por ellas se establecía un vínculo misterioso entre el suelo y los mismos dioses, sirviendo de intermedio la familia, y este vínculo daba al dominio de la tierra aquellos importantes caracteres.

Cada casa y cada familia poseyendo sus dioses particulares, necesitaban para ellos un altar, símbolo de la vida sedentaria¹². Una vez colocado el altar, no podían

¹¹ “Lo característico de la religión romana es el carácter eminentemente práctico que la domina y que hace considerar a los dioses no como seres a los que había que amar, sino como poderes que podían conceder bienandanzas a los que les rendían culto. Este carácter práctico crea las divinidades familiares encargadas de proteger a los miembros de una misma familia, a las que el padre, sacerdote de este culto doméstico, ofrece plegarias y libaciones en distintos momentos de la vida ordinaria. Estas divinidades domésticas son los *lares*, dioses del hogar familiar; los *penates*, dioses de la despensa; y los *manes*, o almas de los antepasados... Su culto no nace del amor, sino del temor y de la necesidad, y puede considerarse como un cambio de servicios en que el hombre lleva regalos y el dios concede provechos”. FERRANDIS TORRES, M.: *Historia General de la Cultura. Tomo I (Hasta el siglo XV)*... *Op. cit.*, Págs., 228-229. “Se procuraba asegurar la protección de los dioses mediante una adoración perenne. Creían poder vincular la benevolencia divina (*religare*, de aquí “religión”), no tanto con la riqueza de las ofrendas como por medio de una escrupulosa observación de infinidad de prescripciones triviales y un formulismo rígido. Un defecto de carácter ritual o una distracción era lo suficiente para anular una ceremonia religiosa por vicio de forma, y en tal caso se hacía necesaria su repetición. En algunas ocasiones una ceremonia no salía bien hasta la trigésima prueba. Los dioses recibían estrictamente el culto que por contrato les era debido, pero nada más, ni tampoco menos... Por medio de la oración, ofrendas, juegos y consultas, todo el mundo podía dirigir súplicas de carácter personal a los dioses. Esto lo hacía el jefe de la familia para él y los suyos. Las asociaciones de familias y las corporaciones sociales encargaban a representantes competentes de establecer sus relaciones con la divinidad. Desde luego, estas ceremonias religiosas (*sacra privata*) se referían únicamente a los miembros de aquel círculo que formulaba las peticiones. Para la comunidad entera el Estado se cuidaba del culto religioso (*sacra publica*)...”. BLOCH, L.: *Instituciones romanas* (Traducción de la 3ª edición alemana por el Dr. Guillermo Zotter). ... *Op. cit.*, Págs., 140-141. “El romano consideraba a sus dioses como seres muy poderosos, cuya amistad era conveniente lograr, ya que eran capaces de hacer mucho bien y mucho mal. La amistad del dios se lograba rindiéndole culto, es decir, haciéndole regalos (sacrificios) con arreglo a la manera que señalaban los “ritos””. FERRANDIS TORRES, M.: *Historia General de la Cultura. Tomo I (Hasta el siglo XV)*... *Op. cit.*, Pág., 229. “Las deidades veneradas en Roma eran en su mayor parte abstracciones divinizadas y faltas de inspiración, representando fenómenos de la Naturaleza o creaciones de carácter arbitrario. Para cada persona, cada lugar, cada edad, así como para todos los ramos de la actividad humana, los acontecimientos y casualidades de la vida, los romanos creaban genios divinos. Varios de ellos recibían ya significado y apreciación general desde la época protohistórica. Antiguamente estos dioses se adoraban bajo una forma simbólica”. BLOCH, L.: *Instituciones romanas* (Traducción de la 3ª edición alemana por el Dr. Guillermo Zotter). ... *Op. cit.*, Pág., 143.

¹² “La vivienda... se componía al principio de una sola pieza rectangular (*atrium*) ennegrecida por el humo, donde se efectuaban todos los quehaceres. En ella hallábase el fogón, sirviendo a la vez de cocina

trasladarse a otro sitio sin vencer graves dificultades materiales y religiosas. Junto a él habitaba la familia, que debía desempeñar los actos de culto, y así se establecía un lazo estrecho entre ella y el espacio por el dios hogar ocupado. Cada familia necesitaba su dios, por cuanto el de una no servía para nada a otra, ni los extranjeros podían acercarse a él ni invocarle. De aquí el aislamiento del hogar y su carácter doméstico y reservado, que indicaban sus nombres genéricos de *Dios oculto* en Grecia y *Penates* en Roma¹³. El aislamiento del hogar requería un espacio alrededor cercado, que lo ocultara de la vista pública y lo separara del hogar vecino. Este recinto era sagrado y estaba protegido por el dios al cual servía de asilo. En él se hallaban en los tiempos primitivos no sólo la casa habitación de la familia, sino sus ganados y sus tierras de cultivo. Tales creencias exigían la inviolabilidad del domicilio.

Eran también objeto de culto doméstico los *manes* de los antepasados, cuyos espíritus se suponían encerrados en el fondo misterioso de las tumbas. Considerábanse los mayores como una especie de semidioses, propiedad exclusiva de sus descendientes, a quienes protegían con su sombra, y que sólo ellos invocaban en sus aflicciones. Cada familia tenía su sepulcro separado, en el cual únicamente podían ser sepultados sus individuos. Por eso era acto de impiedad muy grave extraer a un muerto de su tumba propia o no enterrarle en ella. Cuando esto sucedía se juzgaba que el espíritu del difunto vagaba errante y en pena, causando estragos en las propiedades y en las personas, en venganza de la impiedad cometida. Pero una vez sepultado el cadáver, tomaban sus *manes* posesión del lugar de la sepultura y no podían ser despojados de ella.

y altar; aquí residían los *dioses lares*, se guardaba el arca bien cerrada conteniendo el dinero y documentos de familia...”. BLOCH, L.: *Instituciones romanas* (Traducción de la 3ª edición alemana por el Dr. Guillermo Zotter). ... *Op. cit.*, Pág., 171. “Los *Lares*, los cuales eran tenidos por espíritus protectores de la hacienda (*fundus*) y del ajuar doméstico. Su servicio se practicaba en el seno del hogar, celebrándose especialmente el culto ante unas pequeñas capillas colocadas en el límite de los campos, y una vez al año se solemnizaba con una abundante comida, de la que participaban también los esclavos. En época más antigua no se conocía otra oración que la que se hacía ante el único *Lar familiaris*, que protegía y encarnaba el fundo y la casa. Más adelante estos aparecen siempre formando pareja...”. STEUDING H.: *Mitología Griega y Romana*. (Traducción de J. Camón Aznar). Ed. Labor, S.A., 7ª edición. Barcelona, 1961. Págs., 188-189. “Lara (o Lala “Charlatana”), ninfa que revela a Yuturna las intenciones eróticas hacia ella de Júpiter, y que, entregada por éste a Mercurio para que la lleve al infierno, es amada por Mercurio y tiene de él dos hijos, los *Lares*, dioses del hogar y de las encrucijadas”. RUIZ DE ELVIRA, A.: *Mitología clásica*. Ed. Gredos, 2ª edición corregida, marzo de 1982; 2ª reimpresión, mayo de 1988. Madrid, 1988. Pág., 108.

¹³ “Entre los *dei Penates*, cuyas imágenes se alzaban igualmente en el hogar, figuran todas las divinidades que pasan por protectoras de las provisiones domésticas”. STEUDING H.: *Mitología Griega y Romana...* *Op. cit.*, Pág., 190.

Estas creencias influyeron poderosamente en la constitución de la propiedad. Como sólo la familia tenía el deber y el derecho de tributar culto a sus antepasados y optar a sus beneficios, y ella solamente podía intervenir en las ceremonias domésticas y velar por el reposo y bienestar de sus mayores, toda familia necesitaba poseer exclusivamente un pedazo de tierra destinado a esta práctica esencial de su religión. Quedando el lugar de la tumba perpetuamente santificado, no era fácil ni conveniente trasladarla con frecuencia. Al tener los muertos en su propiedad cierta participación, el dominio de las familias en esta parte del suelo debía ser necesario, inalienable e imprescriptible.

Como la costumbre en Grecia y Roma era enterrar los muertos de cada familia en su heredad propia, que era por lo común la del hogar y del domicilio, la propiedad de la tumba fue inseparable de la del campo contiguo, quedando una y otra bajo la protección de los *manes* encerrados en sus entrañas.

La constitución de la propiedad individual, bajo los auspicios de la religión consagraba su inviolabilidad. Los dioses que habitaban dentro del recinto familiar eran los encargados de custodiarlo y defenderlo, pues concurrían a señalar y consagrar la división y límites entre propiedades. El espacio de tierra sin cultivar, que circundaba la heredad, separándola de las vecinas, era lugar sagrado e imprescriptible. Para mantenerlo inviolable solía el padre de familias recorrerlo solemnemente de tiempo en tiempo, cantando himnos y llevando delante de sí las víctimas que después ofrecía en sacrificio. Otras veces colocaba en el mismo espacio hitos de piedra o madera, con sacrificios y ceremonias religiosas. Estos hitos eran sagrados, al representar la imagen del dios *Término* (o *Terminus*), y por lo tanto inviolables¹⁴.

¹⁴ *Terminus* era la piedra o mojón que marcaba el límite de un campo. La tradición religiosa atribuía, en Roma, a Tito Tacio (quien compartió el poder con Rómulo) y Numa Pompilio (segundo rey de Roma que sucedió a Rómulo) la institución, que regulaba el reparto de las tierras y lo garantizaba de toda violación y rapiña; por lo que son los inventores del *terminus*. Estos *termini* o *termina*, en virtud de una consagración piadosa estaban bajo la protección de Júpiter, que era por excelencia el dios de la buena fe (*Fides*, *Sumo Sancus*) y el guardián de los pactos y convenios jurados. Debido a que el rayo del dios castigaba a los perjurios, Júpiter es invocado también como dios de los juramentos. *Dius Fidius*, el dios de la fidelidad, fue caracterizado como genio de Júpiter; y el santuario de *Fides*, considerada como diosa de la fidelidad, estaba emplazado, cerca del templo del Capitolio, donde se guardaba la piedra sagrada de la frontera, símbolo de *Terminus*, lo que permite reconocer en Júpiter al protector de las fronteras y de las propiedades. El hecho de haber adjudicado a Júpiter, el dios más poderoso y el que se antepone a todos los otros, el patronato y protección de los *termini* es una prueba de la importancia que en la antigua Roma

Para invadir el campo ajeno era menester quebrantar sus límites, derribando a un dios y por lo tanto cometer un sacrilegio. La ley romana castigaba consagrando, esto es, inmolando al hombre o animal invasor¹⁵.

1.3.2.- DERECHO PENAL ROMANO

En los orígenes de la represión criminal por el Derecho romano¹⁶, la comunidad interviene raramente, pues se deja aquella en gran medida a la reacción de los

dieron a esta institución. Con posterioridad surgió una leyenda que hizo de *Terminus* un dios distinto de Júpiter, el cual con anterioridad al santuario capitolino y en unión de *Juventas*, rehusó ceder el sitio a Júpiter, porque él con su esposa encarnaban la inmutabilidad y la eterna juventud de la capital del Imperio. Voz *TERMINUS* en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo LX. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1984. Pág., 1266; STEUDING H.: *Mitología Griega y Romana*. (Traducción de J. Camón Aznar). Ed. Labor, S.A., 7ª edición. Barcelona, 1961. Págs., 208-210.

¹⁵ DE CÁRDENAS Y ESPEJO, F.: *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*. (Reimpresión facsímil del Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España. Madrid, Imprenta de J. Noguera a cargo de M. Martínez. Tomo I, 1873 y Tomo II, 1875). Ed. Analecta. Pamplona, 2002. Págs., 19-24. Vid., KOVALESKY, M.: *Orígenes y evolución de la familia y de la propiedad*. (Traducción por Antonio Ferrer y Robert). F. Granada y Cª editores. Barcelona, 1913.

¹⁶ “Comprende el Derecho romano... la exposición del ordenamiento jurídico creado por Roma en los diversos períodos de su historia. Más concretamente, abarca la evolución jurídica que se extiende desde la fecha convencional de la fundación de la *civitas* romana (753 a. C.) hasta el reinado del emperador bizantino Justiniano inclusive (527-565 d. C.); emperador que, en su tendencia a restaurar la unidad y universalidad del Imperio romano de la época cumbre, ordenó realizar una labor compilatoria de las principales fuentes en que se concretó el ordenamiento jurídico romano. Y así, las disposiciones publicadas por los emperadores anteriores a él, y aún por él mismo (Constituciones Imperiales), se compilaron en el *Codex* (o Código), cuya segunda edición se promulgó en el 529, y los escritos de los jurisconsultos clásicos fueron objeto de una selección de fragmentos que constituyeron el *Digesto* o *Pandectas* que entró en vigor en el año 529. A estas dos obras justinianeas fundamentales unió Justiniano una tercera, destinada a los estudiantes, como una especie de tratado elemental, llamada *Instituciones*. Por último las Constituciones Imperiales publicadas por Justiniano después del Código fueron reunidas con posterioridad a él con el nombre de *Novelas*. Las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas, recibieron más tarde el nombre omnicompreensivo de *Corpus iuris Civilis*”. ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Instituciones de Derecho Romano. I.- Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos*. Madrid, 1973. Págs., 3-4. “Para mantener la seguridad jurídica y evitar confusiones, Justiniano prohibió los comentarios e interpretaciones de su compilación y sólo permitió las traducciones literales al griego, amenazando con fuertes penas a los infractores... Es fácil suponer que existieran excepciones en el ámbito docente. Por ello mismo no debe producir la sorpresa que a veces causa el que quizá uno de los propios comisionados, el profesor de la escuela de Constantinopla Teófilo, llevara a cabo con fines docentes una paráfrasis griega de las Instituciones, denominada *Paraphrasis* de Teófilo”. PARICIO, J., Y FERNÁNDEZ BARREIRO, A.: *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*. Ed. El Faro, 6ª edición. Madrid, 2002. Págs. 182-183. “La línea histórico-política señala ... cuatro períodos diferenciados: a) Monarquía (desde la fundación de Roma, aproximadamente en el 754 a. C., hasta el 510 a. C.); b) República (del 510 a. C., hasta el 29 a. C.); c) Principado (del 29 a. C., hasta el 284 d. C.); d) Imperio o Monarquía absoluta (del 284 d. C., hasta el 527, en cuyo período debe destacarse la fecha de 326 d. C., en la que se verifica el traslado de la Corte a Constantinopla). A estos cuatro períodos diferenciados, debe añadirse, e) El que comienza en 527 d. C., fecha de la subida al trono de Justiniano, el emperador bizantino autor de la labor compiladora. La línea de *evolución jurídica* obliga, en cambio, a distinguir otros cuatro períodos, cuyos hitos o jalones diferenciales no se corresponden con los de la línea

ofendidos. Sólo en aquellos casos concretos en los que el hecho criminal aparece como una infracción a la *pax deorum*, es decir, a la relación de paz y amistad que permanentemente debe existir entre la ciudad y sus dioses, la comunidad estima necesario actuar para restablecer ese orden turbado. Como el guardián natural de la paz con los dioses es el rey, sumo sacerdote de la comunidad, a él incumbe aplicar las sanciones idóneas de carácter religioso contra quien, con su conducta ha causado la exposición de todo el grupo a la cólera divina.

Las *leges regiae* conservan huellas de un sistema punitivo fundado sobre la expiación sacral¹⁷. Aunque en algunos casos la normativa regia se limita a recoger los antiguos *mores gentilibios*, la mayoría de las veces la antigua persecución, familiar o de grupo, queda desplazada por la persecución pública, fundada sobre el concepto de expiación religiosa.

Las infracciones menos graves (*scelus expiabile*) sólo conllevan para el transgresor la obligación de una ofrenda expiatoria (*piaculum*), consistente en el

histórico-política. Estos períodos son: a) Derecho antiguo (desde la fundación de Roma, 754 a. C., hasta aproximadamente el s. I. a. C.). En él debe apreciarse un período de transición que se extiende desde la creación de la pretura en 367 a. C., hasta el mencionado s. I. a. C. b) Derecho clásico (desde el s. I a. C., hasta el s. III d. C.); c) Derecho postclásico (desde el s. III d. C., hasta Justiniano); d) Derecho justiniano o bizantino”. ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *Curso de Derecho Romano*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Págs., 3-4. Damos el nombre de sistema jurídico hispanorromano al desarrollado, de modo preponderante, en la península ibérica desde los comienzos de la incorporación de ésta a Roma hasta la caída del imperio romano de occidente. Como fecha inicial consideramos el año 218 a. C., en el que se verifica el desembarco romano en Ampurias, y como final el 476 d. C., con la caída del Imperio occidental romano. La romanización y paulatino desarrollo del sistema jurídico hispanorromano fue resultado de una larga evolución. Hasta el año 19 a. C., en que Augusto sometió definitivamente a cántabros y astures, la península no quedó convertida, en su totalidad, en provincia pacificada (*provincia pacata*). Al desarrollo de la romanización contribuyó la concesión (año 73 ó 74 d. C.) por Vespasiano de la latinidad (*ius latii*), a todos los españoles (*Universae Hispaniae Vespasianus Latii ius tribuit*), y que consistía en una parte del ejercicio de los derechos políticos y civiles, propios de la ciudadanía romana; culminando con una Constitución del emperador Antonio Caracalla (*Constitutio Antoniniana*), promulgada el año 212, que otorgaba la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio (por tanto también a Hispania). ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas...* Op. cit., Págs., 109-122; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Historia del Derecho Español*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho, 9ª edición revisada. Madrid, 2004. Págs., 345-351.

¹⁷ Discuten los romanistas si la compilación de las leyes regias por Sextus Papirius es una compilación apócrifa de fines de la República, o de tiempos de Augusto; o si por el contrario, se trata de una simple compilación de normas religiosas. Ya sea de una o de otra manera, ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET, sostienen que han de considerarse como una anticipación de que usa la historiografía romana en su afán de dar antigüedad a sus instituciones políticas (la elaboración de leyes votadas en los comicios curiados), siendo en los orígenes la única fuente del derecho los *mores maiorum*. ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Público Romano e Historia de las fuentes*. Ed. Sever-Cuesta, 15ª edición. Valladolid, 1983. Págs., 20-21.

sacrificio de un animal o en la entrega de una entidad patrimonial para el culto de la divinidad ofendida.

Cuando el *piaculum* no es suficiente para aplacar la ira de los dioses, por tratarse de las infracciones más graves (*scelus inextinguibile*), es menester acudir a la pena sacral o *supplicium* en la que el propio transgresor es llamado a responder con su persona ante la divinidad ofendida. La pena podía consistir en el abandono del culpable y de cuanto le pertenece al dios ultrajado (*consecratio capitis et bonorum*) o, su ejecución directa como sacrificio expiatorio (*deo necari*). Entre los crímenes a los que se aplica esta última pena se encuentra la remoción con el arado de las piedras que delimitan los fundos, sancionada por una ley atribuida a Numa con la consagración del infractor y sus bienes al dios Término¹⁸.

Por último, existían otros hechos criminales objeto de persecución pública no con fines purificadores de la colectividad frente a la cólera divina, sino en los que el rey actuaba en la persecución de los mismos no en calidad de sacerdote sino en la de jefe militar, ejercitando el poder coercitivo derivado de su *imperium*. Entre ellos figura la *proditio*, o conjura con el enemigo, y una amplia gama de ilícitos susceptibles, al igual

¹⁸ “Según el sistema *ager* romano, las lindes y veredas que separaban unas de otras las varias parcelas de terreno pertenecientes a las familias o a los particulares eran de propiedad común. En el caso de que se alterasen los límites entre las parcelas, conturbando la vereda o apropiándose algo de la misma, con lo que se impedía utilizarla conforme a su destino, el hecho era considerado por el más antiguo Derecho como un crimen capital, y tanto al arador como a su yunta se les condenaba a muerte. La tradición no ha transmitido ningún caso de aplicación de esta antigua norma en los tiempos históricos. En época posterior cuando, con intervención del Estado se trazaron los límites entre las heredades, lo cual trajo consigo el que las lindes o veredas limitantes llegaran a ser consideradas como vías públicas, y cuando se colocaron piedras de amojonamiento y deslinde, todo acto que consistiera en borrar los límites dichos se castigaba con pena de 4.000 sestercios, y toda remoción o supresión de los mojones con la de 5.000, que ingresaban a beneficio del municipio interesado, aun cuando si el culpable fuese un esclavo, la pena que se imponía era la de muerte. Es de advertir que, si bien esto es lo que acontecía en la generalidad de los casos, lo probable es que cada uno de ellos estuviera regulado formalmente por una ley especial. La acción para perseguir al culpable era popular... Adriano sustituyó las penas pecuniarias con otras de verdadera índole criminal, que fueron, cuando la remoción de los mojones se hubiese hecho dolosamente, para las personas de clase alta, la de relegación temporal, y para las de clase humilde, el trabajo obligatorio por espacio de dos o tres años; y si el delito se hubiera cometido culposamente la pena de castigos corporales. Posteriormente se aumentó esta penalidad, y entonces a las personas de clase alta se les imponía la relegación perpetua y además, la pérdida de una tercera parte del patrimonio; a las de clase humilde, el trabajo obligatorio, y a los esclavos se le condenaba a minas”. MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano*. (Traducido del alemán por P. Dorado). Ed. La España Moderna. Establecimiento tipográfico de Idamor Moreno. Madrid, 1902. Págs., 273-275.

que la traición, de poner en peligro la integridad del *populus* militarmente organizado (deserción, cobardía, *seditio*...)¹⁹.

Aunque el término usurpación y usurpar provienen del latín, es distinta la significación actual que la que tuvo en el Derecho romano, según el cual no era otra cosa que la interrupción de la usucapición²⁰.

Según el sistema romano más antiguo, singularmente el de las Doce Tablas²¹, sólo pueden ser incluidas en el Derecho penal, verdaderamente tal, cuatro clases bien determinadas de delitos; a saber: *perduellio*, *parricidium*, *furtum*, e *iniuria*,

¹⁹ SANTALUCIA, B.: *Diritto e processo penale nell'antica Roma*. (Derecho Penal Romano. Traducción de Javier Paricio y Carmen Velasco). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990. Págs., 25-38; BURDESE: *Manual de Derecho Público Romano*. Ed. Bosch. Barcelona, 1972. Págs., 301-310.

²⁰ VOZ USURPACIÓN: (Del latín *usurpatio*, -onis). f. 1.- Acción y efecto de usurpar. 2.- Cosa usurpada, especialmente el terreno usurpado. 3.- Der. Delito que se comete apoderándose con violencia o intimidación de inmueble o derecho real ajeno. *Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001. VOZ USURPAR: (Del latín *usurpare*). tr. Apoderarse de una propiedad o de un derecho que legítimamente pertenece a otro, por lo general con violencia. 2.- Arrojar la dignidad, empleo u oficio de otro y usarlos como si fueran propios. *Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001. Paulo; comentarios al Edicto, libro 54; cfr. D. 41, 3, 2.: *Usurpatio est usucapionis interruptio; oratores autem usurpationem frequentem usum vocant*. (La usurpación es la interrupción de la usucapición; mas los oradores llaman a la usurpación uso frecuente). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo III*. (Reimpresión facsímil del Cuerpo de Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia. Barcelona, 1897). Ed. Lex Nova. Valladolid, 2004. Pág., 336.

²¹ “Por más que nos desvelemos en recorrer todos los monumentos de las antigüedades romanas, no hallaremos que antes de la promulgación (se hizo esta en el año CCCV -vulgo 305- de la fundación de Roma, que son 444 antes del nacimiento de Cristo) de las XII tablas hubiesen tenido los romanos código alguno legal, a lo menos autorizado por la potestad pública, supuesto que la colección de leyes reales hecha por Cayo o Sexto Papirio careció de tal autoridad; y si algunas de ellas merecieron ser confirmadas por los cónsules, y después por los decenviros, no fue en atención a su origen, sino por considerarlas como costumbres patrias. Habiendo pasado la potestad de los reyes a los cónsules (los cuales al principio se elegían de entre solos los patricios), todo se gobernaba por sus edictos y árbitros; y en este estado de incertidumbre, es decir, sin leyes fijas, y por consiguiente sin código alguno legal, vivió el pueblo cerca de sesenta años, hasta que después de varias disensiones entre el senado y la plebe se convinieron de común acuerdo en enviar a la Grecia tres legados para que trajesen escritas las leyes y los estatutos que regían en Atenas y otras ciudades griegas. Vueltos a Roma los diputados se suprimieron en el año 302 (451 antes del nacimiento de Cristo) todas las magistraturas, y crearon en su lugar los decenviros, los cuales presentaron sucesivamente a la censura pública un cuerpo de leyes escritas en XII tablas (de donde les vino este nombre), formadas en los dos años consecutivos; a saber, las diez primeras en el año 303 (450 antes del nacimiento de Cristo) de la fundación de Roma, y en el siguiente las otras dos, todas las cuales habiendo merecido la aprobación del pueblo, congregado por centurias según costumbre de sus mayores, fueron promulgadas con toda solemnidad; pero de este código no han llegado a nosotros sino fragmentos”. GARCÍA DE LA MADRID, M.: *Historia de los tres Derechos, Romano, Canónico y Español, o tablas cronológicas de los Códigos y Colecciones de todos tres, escritas en latín y castellano; y a las cuales se han añadido un extracto del Código de Comercio, y otro de la Ley de Enjuiciamiento para facilitar su estudio*. Imprenta de Don Pedro Sanz. Madrid, 1831. Págs., 12-14.

posteriormente dividida en lesión personal (*iniuria*) y daño en las cosas (*damnum iniuria*²²). De las dicho cuatro categorías de delitos del antiguo Derecho penal, las dos primeras pertenecían exclusivamente al Derecho penal público, y las otras dos, ora al público, ora al privado²³.

Dicho sistema penal romano fue esencialmente ampliado en el siglo último de la república y en los comienzos del Principado. Siguiendo a MOMMSEN quedarán clasificados los delitos del Derecho penal romano en once grupos; a saber: delitos contra el estado, herejía, homicidio y otros delitos semejantes, coacción, falsificación y astucia, delitos sexuales, cohecho y concusión de los procuradores y funcionarios

²² En relación a los daños (*damnum*), *vid.*, SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática* (art. 263 Código Penal). Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 2003. Págs., 3-11.

²³ MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano... Op. cit.*, Pág., 6-7. Aunque delito, en sentido genérico, es todo acto ilícito sancionado con la pena, los delitos pueden ser públicos o privados, según se trate respectivamente de actos que ofenden al Estado o a un particular. Los primeros, castigados con pena pública (corporal o pecuniaria), reciben el nombre de *crimen* (*crimina*, en plural), y eran violaciones de normas jurídicas que se estimaban de preeminente importancia social y que el Estado perseguía y castigaba con una *poena pública*. Los segundos, los delitos privados, se miraban en cambio, como una ofensa al particular lesionado, y se consideraba su persecución como un derecho de éste, no como una función estatal. El Estado no hacía otra cosa que reglamentar esta reacción del particular ofendido, ofreciendo el camino procesal de la *actio*. Se castigaban con una pena privada pecuniaria, y se conocen bajo las denominaciones técnicas de *delictum* (*delicta*, en plural), o *maleficium* (*maleficia*, en plural). La jurisdicción sobre los *crimina*, es principalmente la de unos tribunales públicos permanentes (*quaestiones perpetuae*) y especializados para un determinado tipo de delito. A estos juicios públicos se refiere el D. 48, 1, 1.: *Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficiis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annona*. (No todos los juicios, en los que se trata de delito, son también públicos, sino solamente los que provienen de las leyes sobre los juicios públicos, como la ley Julia que trata de la majestad, la Julia sobre los adulterios, la Cornelia de los sicarios y envenenadores, la Pompeya del parricidio, la Julia del peculado, la Cornelia de los testamentos, la Julia de la violencia privada, la Julia de la violencia pública, la Julia del soborno, la Julia del cohecho, y la Julia de las provisiones). Los *delicta* son perseguibles por una *actio civiles o praetoria* privada, es decir, de *ius civile* o de *ius praetorium*, y cuyo objeto es imponer una *poena* pecuniaria al legitimado pasivamente. Los delitos del *ius civile* consisten en agravios privados, bien de carácter patrimonial, por sustracción (*furtum*), o daño (*damnum*) de cosas ajenas, bien de carácter personal, por lesiones corporales u ofensas morales, que los juristas clásicos abarcan con el término genérico de *iniuriae*. BETANCOURT F.: *Derecho Romano clásico*. Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2ª edición, revisada y aumentada. Sevilla, 2001. Pág., 568; ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano II.- Obligaciones. Familia. Sucesiones*. Ed. Revista de Derecho Privado, 18ª edición, 7ª reimpresión. Madrid, 1997. Págs., 678-680; IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Ed. Ediciones Sello Editorial, S.L., 18ª edición revisada y actualizada por Juan Iglesias-Redondo. Madrid, 2010. Págs., 311-313; D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*. 10ª edición, revisada. Pamplona, 2004. Primera reimpresión, 2006. Págs., 446-452; GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo III... Op. cit.*, Pág., 721.

públicos, apropiaciones indebidas, lesiones personales, daños en la propiedad, y abuso de los derechos²⁴.

Según MOMMSEN, la protección jurídica otorgada en los casos de perturbación de la posesión de bienes inmuebles o de otras análogas relaciones de derecho, así como la también concedida contra las perturbaciones en el aprovechamiento de los bienes comunes, eran procesos muy cercanos a los seguidos por el delito de coacción²⁵ por cuanto el fundamento de los mismos era en su mayor parte el procedimiento de los interdictos; sin embargo, en general, no se les puede considerar incluidos en el Derecho penal²⁶. Aunque, también puede sostenerse el criterio, al igual que BLANCO LOZANO, de que la usurpación de inmuebles ha estado en algún momento de la historia del Derecho romano vinculada al *furtum*²⁷.

²⁴ MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano... Op. cit.*, Págs., 8-10.

²⁵ “*Vis* (coacción) es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohiere esta voluntad mediante la amenaza de un mal o, lo que es lo mismo, por miedo (*metus*), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción”. MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano... Op. cit.*, Pág., 127. “En el primitivo Derecho romano no era considerada la coacción ilegítima como un concepto jurídico independiente. Donde primeramente hizo su aparición como tal fue en la esfera del Derecho privado; pero no en relaciones delictuosas, sino en otras que no lo eran, y que fueron reguladas por los pretores, a saber: los interdictos posesorios y la restitución de las cosas a su primitivo estado. Por una parte, como la noción del *furtum* se limitaba a las cosas muebles, fue preciso que, en época relativamente temprana, el pretor otorgara al poseedor de inmuebles una protección jurídica contra cualquiera que le desposeyese violentamente de ellos, protección cuyos resultados prácticos venían a ser esencialmente los mismos que producía la acción de hurto, pero que no teniendo carácter penal, no pertenecía al horizonte de este último Derecho”. MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano... Op. cit.*, Pág., 128. “La coacción fue introducida en el campo del Derecho penal, a la vez en el procedimiento público por *quaestiones* y en el procedimiento penal privado, por medio de aquellas disposiciones legislativas que después de sofocada la sublevación lepidiana de principios del año 677, tuvieron por objeto borrar los dolorosos efectos de ella. Entonces se publicaron, por un lado, la ley *plotia* o *plautia*, de donde tomó su origen el procedimiento penal público para la clase de delitos a que nos referimos, y por otro lado, el edicto que, habiendo sido dado primeramente por el pretor peregrino M. Terencio Varrón Lúculo, se convirtió después en edicto permanente, y a partir del cual comenzó a tener existencia el delito privado de robo. Más tarde se intentó determinar el contenido de ambas acciones penales todo lo más seguramente posible; ambas se dirigían en lo esencial, contra los autores de perturbaciones tumultuosas de la paz pública, y su importancia práctica, más aún que en los hechos que se perseguían mediante las acciones de referencia, los cuales entraban también, en general, dentro del horizonte de los delitos de lesa majestad, residía en lo variable y rápido del procedimiento”. MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano... Op. cit.*, Pág., 129.

²⁶ MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano... Op. cit.*, Pág., 5.

²⁷ Gayo; Diario, libro II; cfr. D. 41, 3, 38.: *quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intelligit, alienum se possidere, et ob id mala fide possidet; sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum, neque furtivum possidet; abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri.* (cuya cosa no puede ciertamente usucapir él mismo, porque sabe que posee una cosa ajena, y que por esto posee de mala fe; pero si la hubiere entregado a otro, que la recibe de buena fe, podrá éste usucapirla, porque no posee ni cosa poseída con violencia, ni hurtada; pues quedó desechada la opinión de algunos antiguos que estimaban que también se cometía hurto de un fundo o de un lugar). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil*

El propio MOMMSEN afirma que “la imposibilidad de que los inmuebles fueran objeto de *furtum* no era racional, supuesto que estos bienes eran tan susceptibles de ser apropiados indebidamente como los muebles, sin que lo estorbaran dificultades de ninguna clase, ni de orden teórico ni de índole práctica; y en efecto el derecho civil concedía a los inmuebles una protección judicial análoga a la derivada de la acción del hurto. La primera protección jurídica que se otorgó al que se viera desposeído violentamente de su casa y su patio fue el interdicto posesorio dado por el pretor, interdicto antiguo, sí pero no primitivo”²⁸.

1.3.3.- IUS PRIVATUM²⁹.

Frente a las usurpaciones violentas o clandestinas de bienes inmuebles, el Derecho romano ofrecía dos medios de tutela que han llegado a nuestros días: la *rei vindicatio*, para quien ostentaba el derecho de propiedad; y los *interdictos posesorios*, para la defensa de la posesión.

A) *Rei vindicatio*

La *rei vindicatio* es la principal acción *in rem*, porque es la sanción del derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa; el derecho de propiedad. Gracias a

Romano. Tomo III... *Op. cit.*, Pág., 346. Vid., BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 6. Madrid, 1996. Págs., 193-253.

²⁸ MOMMSEN, T.: *El Derecho Penal Romano... Op. cit.*, Madrid, 1902. Pág., 204.

²⁹ Ulpiano; Instituciones, libro I; cfr. D. 1, 1, 1, 2.: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripertitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.* (Dos son los aspectos de este estudio, el público y el privado. Es derecho público, el que se refiere al estado de la cosa romana; privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles pública, y otras privadamente. El derecho público consiste en las cosas sagradas, las de los sacerdotes, y las de los magistrados. El derecho privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o de los de gentes, o de los civiles). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo I* (Reimpresión facsímil del Cuerpo de Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia. Barcelona, 1897). Ed. Lex Nova. Valladolid, 2004. Pág., 197.

esta acción, un propietario desposeído puede hacer valer contra todo detentador su derecho de propiedad para obtener la restitución de la cosa que le fue quitada³⁰.

Sólo puede tener por objeto cosas susceptibles de propiedad privada, muebles o inmuebles. Siendo demandante aquél que afirma su propiedad sobre una cosa de la cual tiene otro la posesión. La pérdida de la posesión constituye precisamente el ataque de su derecho y de su interés en obrar.

El demandante afirma su derecho de propiedad; debe entonces justificar su pretensión demostrando que era propietario en el día de la *litis-contestatio*. A fin de establecer su derecho de propiedad, debía el demandante demostrar que había adquirido la cosa de una persona que era verdadero propietario, lo cual implicaba que esta persona la había adquirido ella misma del propietario. De esta manera se encadenaban las pruebas, y se hubiese llegado a una enorme imposibilidad, a no tener el recurso de la usucapición. Gracias a esta institución, se simplificaba la tarea del demandante, pues le era suficiente probar que había poseído la cosa, en virtud de un justo título, durante el tiempo requerido para usucapir. En cuanto al demandado, no tiene más que combatir las alegaciones de su adversario. No tiene necesidad para triunfar de demostrar que es propietario, pues queda absuelto por la sola razón de no haber podido el demandante justificar su pretensión.

Como en toda acción arbitraria, el juez debe declarar lo primero de que parte está el derecho, y sacar después las consecuencias de esta declaración³¹. Si es

³⁰ “Los jurisconsultos romanos no definen el derecho de propiedad, que, en efecto escapa a toda definición por su sencillez y extensión, pues es el derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa corporal. Por eso, sólo se limitan a estudiar los diversos beneficios que procura la propiedad. Según un análisis que germina en los textos, pero que ha sido precisado y desarrollado por nuestros autores antiguos, estos beneficios se resumen en el uso, el fruto, y el abuso: a) *El ius utendi o usus* que es la facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir fuera de sus frutos; b) *El ius fruendi o fructus*, derecho de recoger todos los productos; c) *El ius abutendi o abusus*, es decir, el poder de consumir la cosa, y por extensión, de disponer de ella de una manera definitiva, destruyéndola o enajenándola”. PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano*. (Traducido de la 9ª edición francesa y aumentado con notas originales, muy amplias por D. José Fernández Rodríguez). Ed. Porrúa, 23ª edición. Méjico, 2007. Págs., 229-230.

³¹ Ulpiano; comentarios al Edicto, libro 16; cfr. D. 6, 1, 9.: *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat; ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegaus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicti Uti possidetis, vel Utrubi. Denique ait, ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis ventrisve nomine in possessione esset,*

desfavorable para el demandante, debe ser absuelto el demandado. Pero si es el demandante quien gana el proceso, el juez, antes de pronunciar una condena pecuniaria contra el demandado, fija, en virtud de su poder (*arbitrium*), las restituciones que debe operar, dándole orden de ejecutarlas (*jussus*). Estas restituciones comprenden la cosa reclamada con todos sus accesorios, *cum omni causa*. En cuanto a los frutos, son necesarias algunas distinciones:

- Antes de la *litis-contestatio*, el poseedor de buena fe guarda, en Derecho clásico, todos los frutos que haya hecho suyos, *separatim*. Pero bajo Justiniano no se beneficiaba más que en los frutos que hubiese consumido, debiendo devolver los que naturalmente conservara. En cuanto al poseedor de mala fe, es responsable de todos los frutos que haya percibido, consumidos o no consumidos. Pero hasta el tiempo del Bajo Imperio, el demandante no pudo obtenerlos en la instancia de reivindicación de la cosa que los ha producido, pues no podía reclamarlos nada más que por una acción distinta: la *rei vindictio*, existiendo naturalmente en manos del poseedor; y la *condictio ob injustam causam*, habiendo sido consumidos o enajenados. Fue en el año 369 cuando una constitución de Valentiniano y Valente, daba al juez del proceso en reivindicación de la cosa principal el poder de comprender los frutos en las restituciones a operar por el demandado. El demandante conservaba, sin embargo, el derecho de reclamarlos por una acción especial. La misma constitución obliga al poseedor de mala fe a devolver, con los frutos percibidos, el valor de los que hubiese descuidado de percibir. Estas soluciones subsistieron en el Derecho de Justiniano;

vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse (Mas en esta acción el oficio del juez consistirá en esto, en que el juez inspeccione si es que el demandado posee. Y no importará al caso, por qué causa posea; porque luego que he probado que la cosa es mía, tendrá necesidad de restituirla el poseedor, que no opuso ninguna excepción. Pero algunos, como Pegaso, juzgaron que esta acción comprende sólo aquella posesión que tiene lugar en el interdicto *Uti possidetis*, o en el *Utrubi*. Finalmente, dice que no puede vindicarse de aquel en cuyo poder está depositada o prestada una cosa, o del que la tuviera en arrendamiento, o estuviese en posesión al objeto de conservar los legados, o por razón de dote, o del vientre, o porque a él no se le daba caución con motivo de daño inminente, como quiera que de todos estos ninguno posee. Pero opino que se puede pedir a todos los que tienen una cosa y tienen facultad de restituirla). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo I... Op. cit.*, Pág., 469.

- Después de la *litis-contestatio*, el poseedor de mala fe debe cuenta de todos los frutos que haya percibido o que hubiese descuidado en percibir. El poseedor de buena fe es tratado de la misma manera; y no es porque haya que considerarle como de mala fe, desde la *litis-contestatio*, puesto que puede estar convencido de su buen derecho; pero es una consecuencia del principio, según el cual el demandante debe ser colocado en la situación donde estaría si la sentencia se hubiese dado en el día de la *litis-contestatio*. El importe de las restituciones puede disminuirse en razón de los gastos que el poseedor hubiese hecho por la cosa reivindicada. Todo poseedor tiene derecho a la deducción de los gastos habidos para la producción de los frutos. En cuanto a las mejoras de otra naturaleza se concedía el mismo favor al poseedor de buena fe para las que hubiesen sido útiles o necesarias; pero el poseedor de mala fe sólo le disfrutaba para los gastos necesarios³².

B) Interdictos posesorios

Los interdictos relativos a la posesión, o sea interdictos posesorios, se subdividen, según su objeto, en cuatro categorías: a) los interdictos *adipiscendae possessionis*; b) los interdictos *recuperandae possessionis*; c) los interdictos *retinendae possessionis*; d) los interdictos *tam adipiscendae quam recuperandae possessionis*³³.

³² PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano...* Op. cit., Págs., 654-657. Vid., IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Historia e Instituciones...* Op. cit., Págs., 199-204; D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano...* Op. cit., Págs., 214-222; ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano I.- Parte General. Derechos reales*. Ed. Revista de Derecho Privado, 18ª edición, 7ª reimpresión. Madrid, 1997. Págs., 275-279; BETANCOURT F.: *Derecho Romano clásico...* Op. cit., Págs. 283-285.

³³ “La posesión, tal como la entendían los romanos, puede ser definida: el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario. Casi siempre, a la posesión acompaña la propiedad, puesto que el hombre no puede utilizar la cosa que le pertenece, no teniéndola a su disposición, aunque pueden también separarse de manera que el propietario no la posea y que el poseedor no sea propietario, en cuyo caso subsiste de la misma manera la propiedad, porque es un derecho independiente del hecho de la posesión. Además, la situación del que posee sin ser propietario terminó por ser protegida, y de su posesión nacían para él ventajas ya sancionadas por el Derecho. La teoría de la posesión se desarrolló lentamente en el Derecho Romano, y más bien bajo la influencia de las necesidades prácticas que en virtud de ideas generales propiamente concebidas; de aquí la oscuridad que reinó sobre esta materia hasta el fin de la República; y de esto también la dificultad para explicar ciertas soluciones que no concuerdan entre ellas, por haber sido admitidas según las necesidades del momento sin ser deducidas de principios fundamentales. Por eso nos limitaremos a exponer las reglas de la posesión, tal como resultan de los textos de los jurisconsultos del Imperio. Para poseer, es necesario el *hecho* y la *intención*. Se posee *corpore* y *ánimo*: a) *Corpore*: es el elemento material, y es para el poseedor el hecho de tener la cosa físicamente en su poder; b) *Ánimo*: es el elemento intencional, y es la voluntad en el poseedor de conducirse como amo con respecto a la cosa; es lo que los comentadores llamaban el *animus domini*. Todos los que reunían estos dos elementos poseían

en realidad, y eran: el propietario; el que había adquirido una cosa recibiendo tradición a *non domino*; y el mismo ladrón, toda vez que con la retención material de la cosa robada es su voluntad disponer de ella como si fuese el amo. Al contrario, no poseen los que no pueden tener intención de obrar como amo, con respecto a la cosa aunque la tengan a su disposición, porque el título en virtud del cual la retienen es un reconocimiento de la propiedad de un tercero, es decir, que son el instrumento de la posesión de otro, y por eso no tienen ellos mismos la posesión, sino una sencilla detentación. Tales son: el colono, el usufructuario, el depositario, el comodatario, y, en general, todos los que están en una situación análoga. Sin embargo, hay algunos, principalmente el acreedor, asalariado y el precarista, que son tratados con ciertas consideraciones y protegidos como si fueran poseedores. Para apreciar la distinción entre los poseedores y los retentores hay que precisar que la detención no es solamente un hecho. No va sin cierto *animus*, que es para el detentador la conciencia de tener la cosa materialmente en su poder, la voluntad de retenerla, que llaman los textos *affectio tenendi*. Por eso, un loco o un pupilo *infans* no pueden retener una cosa, aunque esté bajo su mano, lo mismo que una persona que está durmiendo, porque no tendría conciencia de este estado de hecho. Pero no hay que confundir el *animus* o *affectio tenendi* con el *animus domini*. Un poseedor puede ser de buena o mala fe. Es de buena fe si se cree propietario, y será de mala fe si ha tomado posesión de alguna cosa sabiendo que pertenece a otro. En todos los casos, sea de buena o mala fe, si el poseedor es perturbado en su posesión o es despojado por un tercero, puede dirigirse al pretor, quien, preocupándose únicamente de proteger la posesión por ella misma, se la conserva o la hace restituir por medio de una decisión llamada *interdicto*. Poco importa que el ataque a la posesión venga del verdadero propietario o de otra persona; el resultado es el mismo, pues sólo se trata de regular una cuestión de posesión y no de propiedad. El propietario que quiere hacer respetar su propiedad debe recurrir a las vías de Derecho, esto es, a la *rei vindicatio*, y no a vías de hecho, pues no es necesario que se haga justicia él mismo. Es con objeto de que no se altere el orden público por lo que el pretor interviene en favor del poseedor... Para adquirir la posesión hay que reunir los dos elementos de que se compone: la detención material de la cosa, y la voluntad de disponer como dueño. La posesión se adquiere por el *hecho* y por la *intención: corpore et animo*. Además, no es necesario para realizar la primera condición estar en contacto directo con la cosa, o si es un campo, poner el pie sobre todas sus parcelas; es suficiente con tenerla a su disposición... Es evidente que se cesa de poseer cuando se pierden a la vez los dos elementos que forman esta posesión. Es lo que ocurre cuando, por ejemplo, la cosa llega a perecer, o cuando el poseedor se deshace de ella voluntariamente, abdicando el *animus domini* en beneficio de un tercero. Pero como la posesión supone reunidos el hecho y la intención, se pierde también desde el momento que el poseedor cesa de tener el uno o el otro. De este modo: a) La posesión se pierde *animo solo*; esto no quiere decir cuando el poseedor no piense ya en la cosa que posee, pero sí cuando tiene firme propósito de renunciar a ella. Por tanto, si el poseedor de una casa, habiéndola enajenado, se queda a título de inquilino, ya no posee, y sólo será un instrumento de la posesión de otro. Además, para perder la posesión no es necesario que otro la adquiera; es suficiente con que ya no quiera tenerla; b) La posesión también se pierde *corpore solo* cuando sobreviene un obstáculo que impide al poseedor disponer de la cosa a su voluntad, ejerciendo físicamente su poder sobre ella. Por eso el poseedor de una cosa cesa de poseerla cuando el sitio donde se encuentra se hace para él inaccesible; cuando la ha perdido, ignorando en absoluto dónde se encuentra; y cuando otra persona se queda con ella clandestinamente o por violencia. Pero la posesión no se pierde *corpore* cuando el poseedor confía a un tercero la detentación material de la cosa. Continúa poseyéndola *animo suo, corpore alieno*, porque el tercero retiene la cosa por cuenta del poseedor, en quien reside el *animus*; es el instrumento de su posesión... Para los inmuebles acabaron por prevalecer principios más amplios. En efecto, los actos de posesión son menos frecuentes sobre un inmueble, aparte de que, en ausencia del poseedor, puede un tercero invadir el fundo, haciéndole perder la posesión, aun sin su noticia. Este peligro era en extremo grave para ciertos pastos, donde sólo se llevaban a pacer los rebaños durante una estación: *saltus hyberni o aestivi*. Por eso se admitía que la posesión de estos fundos de tierra sería retenida *animo solo*; es decir, que el poseedor conservaría siempre la posesión, aunque algún tercero hubiese ocupado el fundo durante su ausencia, y sin su conocimiento. Esta solución se extendió también a todos los inmuebles. Ya dada por Próculo en el siglo I de nuestra era, la menciona Gayo como aceptada por la mayoría de los jurisconsultos y presentada como un principio cierto desde el final del siglo II. Sin embargo, si la invasión de un inmueble sin noticia del poseedor no le hace perder la posesión, esta situación no se prolonga definitivamente. Cesa al ser informado de esta ocupación; desde entonces, si expulsa al invasor, continúa poseyendo; en cambio pierde la posesión si por miedo o negligencia permanece inactivo, o si, procurando recuperar el fundo, le rechazan a él a viva fuerza”. PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano... Op. cit.*, Págs., 238-243.

a) De los interdictos adipiscendae possessionis

Estaban destinados a hacer adquirir la posesión de las cosas que aún no se hubiesen poseído. He aquí los principales: El interdicto *quorum bonorum*, el interdicto *salviano*, el interdicto *quod legatorum*, y el interdicto *possessorium*.

b) De los interdictos recuperandae possessionis

Estos interdictos están destinados a hacer recobrar alguna posesión perdida. Eran, por tanto, restitutorios, y podían dar lugar a la entrega de una fórmula arbitraria. Los textos citan tres: *unde vi*, *de precario* y *de clandestina possessione*. Estos interdictos debió crearlos el pretor con ocasión del *ager publicus*³⁴. Cuando las leyes agrarias limitaron la extensión de las tierras que podía ocupar cada ciudadano, aumentando, con este motivo, el número de poseedores, las rivalidades y codicias llegaron con frecuencia a desposesiones violentas o clandestinas. Por otra parte, a medida que se relajaban los lazos de la clientela, los patronos que querían recuperar las tierras del *ager publicus*, concedidas por ellos a título precario, debieron chocar frecuentemente con la resistencia de los clientes ingratos. En estos casos, no había protección posible por parte del derecho; porque la *rei vindicatio* no podía imponerse donde faltaba la cualidad de propietario. En interés del orden público, y con objeto de

³⁴ “A medida que iban extendiéndose en Italia las conquistas de Roma, se aplicó en general a los territorios de las poblaciones vencidas el principio según el cual pasaban a ser propiedad del Estado romano, o *ager publicus*... Se permitió a los ciudadanos ocupar de estas tierras todo cuanto quisieran tomar para cultivarlas, a cambio de pagar al Estado un censo, justificando su derecho de propiedad; y los territorios así ocupados, *agri occupatorii*, no dejaban de formar parte del *ager publicus*. El ocupante no tenía la propiedad, pero sí la posesión, de donde le viene el nombre de *possessiones*. Además, esta posesión fue protegida por el pretor, transmitiéndose hereditariamente y disfrutando de hecho el poseedor del *ager publicus* de derechos análogos a los del propietario. Bien sea porque los patricios tuviesen ellos solos este derecho de ocupación, o bien que sus riquezas les hubiesen permitido poner desde luego en cultivo una mayor extensión de tierras, despojando después a los más pobres de sus posesiones, lo cierto es que afortunadamente, el *ager publicus* se encontraba casi entero en sus manos. Estos considerables territorios (latifundio) se cultivaban por sus esclavos o por sus clientes a los cuales hacían concesiones a título esencialmente revocable (precario), con el fin de encontrar en ellos partidarios abnegados; de lo cual resultaba una gran hostilidad y frecuentes quejas de la clase pobre, que no sacaba ningún beneficio del *ager publicus*. Los tribunales, fijándose en ello, se hicieron intérpretes de las reivindicaciones de la plebe, lo que dio origen a las leyes agrarias. Estas leyes no llevaban ningún menoscabo a la propiedad privada, al *ager privatus*. Las primeras, y más que ninguna la ley Licinia (año 378 de Roma), tuvieron por objeto limitar el número de fanegas del *ager publicus* que cada ciudadano pudiera desde entonces poseer, y de proceder a una repartición de estas tierras algo más equitativa. Pero estas leyes encontraron en su aplicación una viva resistencia, y a pesar de los grandes esfuerzos de los Gracos, las grandes posesiones territoriales se reconstituyeron en beneficio de los más ricos”. PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano... Op. cit.*, Págs., 234-235.

prevenir las turbulencias, el pretor hacía uso de su autoridad para ordenar la restitución. Más tarde se engrandeció el dominio de estos interdictos extendiéndose a las cosas de las cuales eran propietarios los particulares. Las reglas, en la época clásica, eran las siguientes:

- El interdicto *unde vi* sólo se aplicaba a los inmuebles; se le daba a quien había sido expulsado violentamente de un fundo de tierra o de un edificio de su propiedad³⁵. Se distinguían la violencia ordinaria, *vis quotidiana*, y la violencia a mano armada, *vis armata*. En caso de *vis armata* la gravedad del delito exigía una sanción enérgica, siendo, además, restituida siempre la posesión a la víctima de la violencia³⁶. Pero en caso de *vis quotidiana*, el demandante no obtenía sentencia favorable nada más que si antes de ser desposeído tenía él mismo una posesión exenta de vicios con relación a su adversario. De lo contrario, el interdicto no se pronunciaba en su favor. Bajo

³⁵ Ulpiano; comentarios al Edicto, libro 69; cfr. D. 43, 16, 1, 1.: *Hoc interdictum proponitur ei, qui vi deiectus est; etenim fuit aequissimum, vi deiecto subvenire; propter quod ad recuperandam possessionem interdictum hoc proponitur.* (Se propone este interdicto para el que fue echado a la fuerza; porque fue muy justo auxiliar al echado a la fuerza; por lo que se propone este interdicto para recobrar la posesión). Ulpiano; comentarios al Edicto, libro 69; cfr. D. 43, 16, 1, 6.: *Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere; nam ex causa furti, vel vi bonorum raptorum actio competit; potest et ad exhibendum agi.* (Está ciertamente fuera de duda que este interdicto no pertenece a los bienes muebles; porque compete la acción por causa de hurto, o la de cosas arrebatadas con violencia; y se puede ejercitar también la acción de exhibición). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo III... Op. cit.*, Pág., 426. Código; Lib.VIII, Tit. IV, Ley VII: *Impp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. ad Messianum, Comitem rerum privatarum.- Si quis in tantum furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restitue compellatur. Dat XVIII. Kal. Iul. Treviris, Timasio et Promoto Conss.* (Los emperadores Valentiniano, Teodosio, y Arcadio, Augustos, a Messiano, Conde de los bienes privados. Si alguno llegare a tanta audacia de locura, que invadiere violentamente antes del resultado del arbitrio judicial la posesión de bienes constituidos en poder del fisco o en el de cualesquiera individuos, si ciertamente fuera dueño restituya al poseedor la posesión que le quitó, y pierda el dominio de la misma cosa. Mas si invadió la posesión de bienes ajenos, no solamente se la restituya a los poseedores, sino que también sea compelido a restituirles la estimación de los mismos bienes. Dado en Tréveris a 18 de las Calendas de Julio, bajo el consulado de Timasio y de Promoto). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo V... Op. cit.*, Pág., 305.

³⁶ Ulpiano; comentarios al Edicto, libro 69; cfr. D. 43, 16, 3, 2.: *Armīs deiectum quomodo accipimus? Arma sunt omnia tela, hoc est et fustes, et lapides, non solum gladii, hastae, frameae, id est rhomphaeae.* (¿Cómo entendemos echado por la fuerza de las armas? Armas son todas las cosas arrojadas, esto es, también los palos y las piedras, no solamente las espadas, las lanzas, las frameas, esto es las ronfeas). Ulpiano; comentarios al Edicto, libro 69; cfr. D. 43, 16, 3, 5.: *Qui armati venerunt, et si armīs non sunt usi ad deiiciendum, sed deiecerunt, armata vis facta esse videtur; sufficit enim terror armorum, ut videantur armīs deiecisisse.* (Se considera que se hizo violencia con armas, si los que fueron armados no hicieron uso de las armas para echar, pero echaron, de la posesión; porque basta el terror de las armas para que se considere que echaron por la fuerza de las armas). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo III... Op. cit.*, Pág., 430.

Justiniano desapareció esta diferencia, y la posesión se restituía siempre como si hubiese existido violencia a mano armada.

- El interdicto *de precario* se concedía a la persona que había entregado alguna cosa en precario y quería rehacerse con la posesión³⁷.
- El interdicto *de clandestina possessione* sólo se cita en un texto de Ulpiano³⁸. Se daba a la persona que había perdido la posesión de un inmueble por habérselo quitado clandestinamente alguna otra persona; pero debió caer en desuso, cuando fue admitido que la posesión de inmuebles se conservaba *animo solo*.

c) *De los interdictos retinendae possessionis*

Había dos: el interdicto *uti possidetis*, para los inmuebles, y el interdicto *utrubi*, para los muebles. Estos interdictos estaban destinados a poner un término a los conflictos que se suscitaban entre dos personas por la posesión de una cosa. El pretor intervenía para permitir a aquel que posee en condiciones determinadas guardar la posesión e impedir contra él todo acto de violencia por parte del adversario. Si se trataba de un inmueble, el pretor protegía al poseedor actual por el interdicto *uti possidetis*, prohibiendo el menor atentado contra su posesión, aunque, sin embargo, bajo

³⁷ Ulpiano; comentarios al Edicto, libro 71; cfr. D. 43, 26, 2, 1.: *Hoc interdictum restitutorium est* (Este interdicto es restitutorio). 2.: *Et naturalem habet in se aequitatem; namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, tamdiu de liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem. Itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdictum uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur* (Y contiene en sí equidad natural; porque le compete al que quiere revocar el precario. Porque es equitativo por naturaleza que uno use de mi liberalidad en tanto que yo quiera, y que yo pueda revocarla cuando hubiere cambiado de voluntad. Y así, cuando se rogó alguna cosa en precario, podemos usar no solamente de este interdicto, sino también de la acción de las palabras prescritas, que nace de la buena fe). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo III... Op. cit.*, Pág., 466.

³⁸ Ulpiano; comentarios al Edicto, libro 20; cfr. D. 10, 3, 7, 5.: *Sed et si clam dicatur possidere, qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit* (Pero también si se dijera que posee clandestinamente el que demanda, añade que se ha de decir, que deja de tener lugar esta acción; porque dice, que por la posesión clandestina compete interdicto). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo I... Op. cit.*, Pág., 631.

una condición: la de que posea *nec vi, nec clam, nec precario, ab altero*³⁹. Es necesario también que la posesión no esté tachada de violencia ni de clandestinidad.

d) De los interdictos tam adipiscendae quam recuperandae possessionis

El demandado en la acción *in rem* debe suministrar la caución *judicatum solvi*. Si la rehúsa, y el demandante ofrece darla, el pretor, por medio de estos interdictos, ordena al demandado restituir la posesión al demandante. De manera que los papeles quedan invertidos, y el demandante puede así adquirir una posesión que jamás ha tenido, o bien recobrar una posesión perdida. El interdicto era llamado *quem fundum*, en caso de *rei vindicatio*; *quam hereditatem*, en la petición de herencia, y *quem usufructum*, si se trataba de la acción confesoria en reclamación de un usufructo⁴⁰.

1.4.- Época visigótica

Los primeros pueblos bárbaros que entraron violentamente en España, a principios del siglo V (año 409), fueron los suevos, vándalos, y alanos; aunque solamente los suevos consiguieron fundar un núcleo político fuerte en la región del noroeste. A todos ellos se sobrepuso otro pueblo germano llegado poco después, los visigodos, que fundaron un reino que se extendía por ambos lados del Pirineo y que dominaron en la Península hasta principios del siglo VIII⁴¹.

³⁹ Ulpiano; comentarios al Edicto, libro 69; cfr. D. 43, 17, 1, 1.: *Hoc interdictum de soli possessore scriptum est, quem potioem Praetor in soli possessione habebat; et est prohibitorium ad retinendam possessionem*. (Este interdicto fue escrito respecto al poseedor del suelo, a quien el Pretor tenía como preferente en la posesión del suelo; y es prohibitorio, para retener la posesión). 5.: *Perpetuo autem huic interdicto insunt haec: quod ne vi, nec clam, nec precario ab illo possides* (Mas perpetuamente son inherentes a este interdicto estas cosas: que no posees por otro ni por fuerza, ni clandestinamente, ni en precario). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo III... Op. cit.*, Pág., 434-435.

⁴⁰ PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho Romano... Op. cit.*, Págs., 684-691. Vid., IGLESIAS, J.: *Derecho Romano. Historia e Instituciones... Op. cit.*, Págs., 215-218; D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano... Op. cit.*, Págs., 207-214; ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano I.- Parte General. Derechos reales... Op. cit.*, Págs., 295-297; BETANCOURT F.: *Derecho Romano clásico... Op. cit.*, Págs. 297-306; SAVIGNY, F. K. V.: *Tratado de la posesión, según los Principios del Derecho romano*. Ed. Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica. Madrid, 1845.

⁴¹ “Los visigodos no entran como una horda lanzada a la conquista, ni como un pueblo en busca de botín. Mandados por un hábil político, Ataulfo, que mantenía relaciones con Roma, ocuparon primeramente una pequeña parte del territorio español (Cataluña), y su actividad bélica fue, al menos en los primeros momentos, mucho menor que su actividad diplomática para lograr la residencia en España. Inmediatamente después (en tiempos de Walia), preséntanse como aliados de Roma para expulsar a los

Cuando los bárbaros se apoderaron del Imperio de Occidente, no destruyeron ni exterminaron los reinos que conquistaban, ni sometieron a la esclavitud a sus pobladores, sino que se limitaron a tomar para sí el gobierno y los dos tercios de las tierras, dejando a los vencidos el tercio restante, sus costumbres y el uso de sus propias leyes. Así es, que con el establecimiento de los visigodos en nuestra Península, vivieron en ella unidos, pero sin confundirse, por espacio de muchos años, dos naciones distintas en origen, en usos, en costumbres y en leyes. Los españoles, romanos a la sazón, se gobernaban por las constituciones de los antiguos emperadores; los visigodos, por las costumbres y leyes no escritas, conservadas y transmitidas por la tradición desde que abandonaron los bosques de la Germania para buscar entre nosotros una tierra más rica y un clima más benigno.

Los bárbaros permitieron a los romanos el uso de sus leyes y de sus costumbres, porque así facilitaban su establecimiento sobre el territorio que iban conquistando, y porque así como en las naciones modernas el derecho se determina por el territorio, entre ellos se determinaba por el origen y condición de las personas que habían de usarlo. El derecho no era patrimonio de cada tierra, sino de cada tribu o reunión de hombres que tenían comunidad de origen, y que hablaban una misma lengua. Donde quiera que la tribu fuese, lo llevaba consigo, sin que participaran de él los extranjeros que la admitían en su territorio, o los que la buscaban en el suyo para ingerirse en ella. En suma, el derecho se consideraba entre los bárbaros como personal, a diferencia de hoy, que es mirado en todas partes como territorial⁴².

Por efecto de esta tolerancia del derecho de cada pueblo, como patrimonio exclusivo suyo, tenían que ser aplicadas dos legislaciones en un mismo Estado, siendo

demás bárbaros, y su penetración en España tiene alternativamente un carácter de alianza al Imperio o de conquista, pero nunca de saqueo y de pillaje, como los dos primeros años de los otros tres grandes invasores". PÉREZ BUSTAMANTE, C.: *Compendio de Historia de España*. Ed. Atlas, 11ª edición. Madrid, 1967. Pág., 95. COMAS DE MONTÁÑEZ, M.: *Historia de España y de su civilización. Primera parte. Tiempos antiguos y medios*. Ed. Sócrates, 9ª edición revisada. Barcelona, 1962. Pág., 58-59. Vid., MORALES ARRIZABALAGA, J.: *Ley, Jurisprudencia y Derecho en Hispania romana y visigoda*. Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, 1ª edición. Zaragoza, 1995; ORTEGA RUBIO, J.: *Los visigodos en España*. Imprenta de los hijos de M.G. Hernández. Madrid, 1903.

⁴² CÁRDENAS, F.: *Estudios jurídicos*. Establecimiento tipográfico de P. Núñez. Madrid, 1884. Págs., 1-3.

necesario codificar ambas; y así nacieron los dobles Códigos, el romano y el germánico⁴³.

1.4.1.- COMPILACIONES DEL DERECHO VISIGODO: CÓDIGO DE EURICO

El primer monarca que dio a los godos leyes por escrito fue Eurico; pues antes se regían por un derecho tradicional y consuetudinario. Estas leyes fueron recopiladas en un Código llamado *Código de Eurico o de Tolosa, Codex Euricianus, Codex Eurici, Statuta Legum, o Lex antiqua Gothorum*, y la época de su redacción fue entre los años 466 y 484. Lo que hizo Eurico, fue reducir las leyes (los usos y costumbres de los godos) a escritura. Eurico no fue solamente el primer compilador de leyes escritas, sino el primer legislador de los visigodos⁴⁴.

A) *De invasionibus*⁴⁵.

La *invasio o pervasio*⁴⁶ constituyen un delito central en el derecho inmobiliario, como el *furtum* respecto a los muebles, y el Código de Eurico contenía una rúbrica independiente para este delito, en su título XXV: “*De invasionibus*”.

⁴³ AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media*. Ed. Espasa-Calpe, S.A., 11ª edición. Madrid, 1971. Pág., 369. Vid., HINOJOSA NAVEROS, E.: *El elemento germánico en el Derecho español*. Imprenta Clásica Española. Madrid, 1915.

⁴⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Elementos de Derecho civil y penal de España. Tomo I*. Librería de Gabriel Sánchez. Establecimiento tipográfico de E. Cuesta; 13ª edición corregida y aumentada por D. Juan Manuel Montalbán. Madrid, 1881. Pág., 25; CÁRDENAS, F.: *Estudios jurídicos... Op. cit.*, Págs., 5-6. “Aunque San Isidoro de Sevilla dice (tomándolo probablemente del prólogo del Código de Leovigildo) que fue Eurico el primero que dio leyes escritas a los godos, hay motivos para afirmar que existieron otras más antiguas ... unas *leyes theodoricianas*, que deben ser atribuidas a Teodorico II (453-467) y tal vez también a Teodorico I (419-451). Estas leyes debieron de referirse a las relaciones entre visigodos e hispanorromanos sin constituir cuerpo legal”. MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español*. Ed. Labor, S.A., 3ª edición revisada. Barcelona, 1943. Pág., 46. Leovigildo reformó el Código de Eurico, corrigiendo lo que en él no aparecía estatuido, con la adición de muchas leyes omitidas y la supresión de las superfluas; por eso su obra se llama *Codex revisus (El Código revisado)*. Este código no ha llegado hasta nosotros; si bien, muchas de sus leyes figuran en el *Liber iudiciorum*, con la anotación *antiqua*. AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media*. Ed. Espasa-Calpe, S.A., 11ª edición. Madrid, 1971. Pág., 369; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*. Ed. Tecnos, 4ª edición, 1983; 9ª reimpresión. Madrid, 2001. Págs., 103-104.

⁴⁵ A cerca de las usurpaciones.

⁴⁶ La usurpación o invasión. “La *invasio* era la ocupación deliberada y no autorizada de inmuebles en posesión de otro”. KING, P. D.: *Law and Society in the Visigothic Kingdom. (Derecho y sociedad en el reino visigodo*. Versión española de M. Rodríguez Alonso, revisada por Salustiano Moreta). Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1981. Pág., 234.

El punto de arranque de esta figura delictiva debe buscarse en una criminalización de los actos de violencia sometidos en el antiguo derecho romano al régimen del interdicto *unde vi*.

Ante todo, se admite la legítima defensa contra la *invasio*⁴⁷. En segundo lugar, se pena al *invasor*, si resulta ser dueño, con la pérdida de su derecho; si no tenía derecho, no sólo con la restitución, sino con la entrega del *aliut tantum*⁴⁸. La restitución debe hacerse *in stato quo fuerant*; y en la misma debe entrar el importe de los frutos percibidos por el *invasor*, según juramento estimatorio del mismo.

Según D'ORS cabe conjeturar que contenía este título un capítulo especial sobre el allanamiento de morada, cuya pena no sería esencialmente distinta de la general para otras *invasiones*; la regulación de daños causados en inmuebles por grupos sediciosos; así como que se debe a Leovigildo la tipificación de la *indefensio* del propietario de la casa que se ausentó⁴⁹.

⁴⁷ “*Qui aliena pervasit, si in ipsa direptione percussus aut occisus fuerit, ille qui percussit nullam calumniam patiatur*” (Lo traducimos por: Quien ha invadido cosas ajenas, si en el mismo acto de despojo es herido o muero, aquel que golpeó no debe sufrir ninguna acusación); y “*Qui ad possessionem alienam violentus advenerit cum multitudine congregata, si aut ipse aut aliquis ex eodem numero, casu, dum repellitur violentia, occisus fuerit, is qui per necessitatem hoc fecit a metu poenae liber habetur*”. (Lo traducimos por: El que llegare violentamente a la posesión ajena con una multitud, si él mismo o alguno de entre ellos –de la misma multitud–, por casualidad, fuese muerto mientras se rechaza la violencia, el que tal hizo por necesidad, debe ser libre del temor de la pena).

⁴⁸ “*Quicumque violenter expulerit possidentem, priusquam pro ipso iudicis sententia procedat, si causam meliorem habuerit, ipsam causam de qua agitur perdat. Ille verso qui violentiam pertulit universa in statu quo fuerant recipiat qui possedit et securus teneat. Si vero illud invasit quod per iudicium obtinere non potuit, et causam amittat et aliut tantum quantum invasit reddat expulso*” (Lo traducimos por: Cualquiera que por sí mismo expulsara violentamente al que posee, antes de que proceda por sentencia del juez, aunque tuviera causa favorable, pierda la misma causa de que se trate. Sin embargo, el que soportó la violencia hasta el final, reciba la totalidad –de los bienes– en la situación en que estaban –al poseer– y no sea perturbado en lo sucesivo. Mas si invadió aquello que no pudo obtener por juicio, no sólo pierda la causa sino también sea expulsado y devuelva otro tanto cuanto usurpó). “En otras palabras, no era excusable anticiparse sin más a una orden judicial. Estas severas consecuencias prueban la resuelta preocupación de los reyes de proteger a los propietarios contra la codicia desatada de otros [si la *invasio* era de propiedades a las que el transgresor no tenía derecho], y de impedir [si la *invasio* era de propiedades a las que el transgresor tenía derecho] la anarquía que hubiera supuesto el que los particulares pudieran tomarse la justicia por su mano”. KING, P. D.: *Law and Society in the Visigothic Kingdom...* Op. cit., Pág., 235.

⁴⁹ D'ORS, A.: *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1960. Págs., 190-192. “Las mismas penas [que para la *invasio*] exactamente aguardaban a quien transfiriese tierras en su posesión, pero de propiedad de otro o justamente reclamadas por él, o tierras en posesión de otro a un tercero. La norma general era que el receptor engañado, obligado a devolver los bienes, recibiera del *auctor* de la

B) *De terminis*⁵⁰.

También relacionado con los bienes inmuebles, encontramos el título XXVI del Código de Eurico, que lleva por rúbrica “*De terminis*”.

El delito de *amotio terminorum* (alteración de términos o lindes) había sido sancionado por la antigua legislación agraria romana con una multa fiscal de 5.000 sesteracios. Como esta multa podía resultar poco proporcionada a la gravedad del caso, Adriano dispuso, en el 119 d. C., que debía castigarse atendiendo a la condición de las personas y a las circunstancias del hecho. Aunque las *leyes teodoricianas* tenían una penalidad⁵¹ similar a la del Derecho romano, esta conducta fue vista con una mayor lenidad en el Código de Eurico, no sólo por lo que al siervo toca, sino porque la pena pecuniaria se reduce a la fija de 20 *solidii, per singula signa* (por cada mojón movido)⁵². Con la peculiaridad, frente al Derecho romano, de que la multa era para el propietario que sufrió la *amotio terminorum*. Esta diferencia de pena la justifica D’ORS, en que las *leyes teodoricianas* reflejan una actitud defensiva de los antiguos propietarios, y el Código de Eurico la moral de los asentados como invasores.

Prescribe, asimismo, el Código de Eurico la obligación de restituir lo indebidamente ocupado del fundo vecino y la revisión de límites entre las fincas, cuando los verdaderos límites pueden ser probados ante los *inspectores iudicantes*; sin

transacción el precio de compra, más una indemnización por el trabajo de explotación de la tierra y cualquier otra pena que tal vez hubiera establecida para el caso de evicción”. KING, P. D.: *Law and Society in the Visigothic Kingdom... Op. cit.*, Pág., 235.

⁵⁰ A cerca de los términos (lindes).

⁵¹ “*Qui effodiunt terminos vel exarant limites finem scilicet designantes aut arbores terminales everunt, si servi sunt aut coloni et sine conscientia vel iussu domini fecerint, capite puniantur. Si vero hoc imperante domino factum esse constiterit, idem dominus tertiam partem bonorum suorum perdat fisci iuribus profuturam: servo ipso aut colono nihilominus capite puniendo*” (Lo traducimos por: Los que excavan términos o aran senderos, a saber quitan los que designan los límites o los árboles que los marcan, castíguese con la pena capital si son siervos o colonos y lo hicieran sin conocimiento o sin mandato del dueño. Si por cierto resultara que esto había sido hecho por mandato del dueño, el mismo señor pierda la tercera parte de sus bienes, lo que ha de aprovechar a los derechos del fisco: al mismo siervo o al colono en absoluto debe castigársele con la pena capital).

⁵² Plural de *solidus* (sólido), “Moneda de oro de los antiguos romanos, que comúnmente valía 25 denarios de oro”. VOZ SOLIDO en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo LVII. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985. Pág., 147.

que pueda oponer, el que debe restituir, la prescripción de largo tiempo. Añade a esto una excepción: “a no ser que lo comprara de alguien, pues entonces muestre el vendedor y resuelva conforme a la ley”; es decir, los antiguos límites pueden ser invocados cuando el actual poseedor no puede invocar su causante cierto; pero si puede hacerlo, entonces la evidencia de los antiguos límites, por sí sola, no le obliga a restituir. En otras palabras, la evidencia de los antiguos límites tiene valor tan sólo cuando el actual poseedor no presenta su *auctor* (*venditor*).

Los godos podían entrar en las fincas de los consortes romanos para restaurar los términos de sus *sortes* cuando hubo alteración de la antigua división⁵³. Para ello el juez debía tomar juramento a los vecinos inspectores más fidedignos. Si se trataba de poner nuevos términos debía hacerse en presencia del otro *consors* y del *inspector*⁵⁴. El infractor libre incurre en la misma pena de *invasio*, el siervo en la de 200 azotes, sin más responsabilidad para el amo inocente⁵⁵.

⁵³ “Los visigodos tomaron las dos terceras partes de las tierras, así como algunas casas, arados, ganado, esclavos, y aperos de labranza, sorteándose las parcelas entre los jefes de familia, por lo que aquellas se denominaron *sortes gothicae*. La otra tercera parte de las tierras se dejó a los hispanorromanos y de ahí el nombre de *tercias* dado a las heredades. También se repartieron las selvas; pero quedaron indivisas muchas de ellas, las cuales podían cultivar por partes iguales vencidos y vencedores; quedando en común los pastos de los prados abiertos, y los campos desiertos. Igualmente se repartieron las casas, como lo prueban los nombres de *hospites* y *consortes* dados a los godos y a los hispanorromanos... Los límites de las tierras se señalaban con mojones de piedra, o con excavaciones, que se llamaban *arcas*, o con ciertas señales en los árboles que se denominaban *decurias*”. Voz PROPIEDAD en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XLVII. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1986. Pág., 950. “De esta primaria distribución de la propiedad inmueble, adjudicando las dos terceras partes de la tierra laborable a los conquistadores germánicos y reservando la otra tercera para los antiguos *possessores*, habían de surgir importantes relaciones jurídicas generadoras a su vez de numerosos choques y conflictos de derechos, ya originando la propiedad o proindivisión de los predios sorteados, ya procediendo a la delimitación de las *sortes Gothicae* y de las *tertiae Romanorum*. Y natural era que, a raíz de estos primeros repartos, se dictasen las reglas necesarias para realizarlos y para mantener su integridad, sobre todo cuando la falta de cordiales relaciones entre los consortes imponía la división material, dejando para más tarde la resolución de las demás cuestiones que se iban presentando, como consecuencia del estado de hecho y de derecho que se había creado”. DE UREÑA Y SMENJAUD.: *La legislación gótico-hispana*. Establecimiento tipográfico de Idamor Moreno. Madrid, 1905. Pág., 256. Vid., LABOULAYE, E.: *Historia del Derecho de propiedad en Europa*. Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica. Madrid, 1845.

⁵⁴ “Poner una [linde] en ausencia de la parte colindante afectada (*consors*) o del inspector, se castigaba como *invasio*. KING, P. D.: *Law and Society in the Visigothic Kingdom...* Op. cit., Pág., 236.

⁵⁵ D’ORS, A.: *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1960. Págs., 193-202. “Pero podía ocurrir fácilmente que los *consortes* incurrieran en errores involuntarios respecto a la propiedad de la tierra, razón por la que la ley previó una disposición mediante la cual el que edificase una casa o plantase una viña en la parcela de su *consor*, tomando erróneamente por suya la tierra, no sufriría ningún castigo pero seguiría conservando la parcela explotada, a condición de entregar al dueño verdadero una parcela de valor equivalente; sólo si actuaba deliberadamente contra las protestas del propietario perdía todo derecho al producto de su trabajo. Quien, por otra parte, plantaba una viña en una finca de otro que no fuera su *consors*, la perdía sin recibir compensación alguna, considerándole el legislador afortunado por

1.4.2.- COMPILACIÓN DE DERECHO ROMANO: BREVIARIO DE ANIANO

La actividad legislativa de Alarico ordenó la codificación del derecho de los vencidos. Los visigodos siguieron observando las costumbres germanas; los antiguos españoles o romanos las leyes del imperio. El Código llamado generalmente de Eurico, compiló el derecho de los bárbaros; el *Breviario de Aniano* dio una nueva sanción al de los romanos.

Alarico deseaba reunir en una sola colección las leyes romanas, para que así desaparecieran las disposiciones injustas y se aclarasen las oscuras y dudosas, de suerte que hubiera una regla segura para la pronta decisión de los pleitos. Por ello, dio el encargo de formarla a una comisión de jurisconsultos, presidida por Goyarico, conde de Palacio, cuyos trabajos fueron aprobados en Aduris (Aire-sur l'Adour, Landas, Francia), en una reunión de obispos y de personas notables e instruidas de las provincias, elegidas con este objetivo. Formada así la colección y presentada al rey, fue confirmada por él, mandando al referido Goyarico, que cuidara de su ejecución. Alarico determinó que de allí en adelante se decidieran todos los litigios con arreglo a las prescripciones de este Código, suscrito por el canciller Aniano, y prohibió alegar y recibir en juicio, ley o reglas de derecho que no se hallaran en él. A cada uno de los condes se mandó un ejemplar, quedando responsables en sus respectivos territorios de la observancia de aquella prohibición, bajo la pena capital o la confiscación de sus bienes. Esta obra se terminó en el año 506, el vigésimo segundo del reinado de Alarico.

El nombre de *Breviario de Aniano*, o *Código de Alarico*, no lo recibió hasta el siglo XVI; en su primitivo origen no tuvo nombre particular. Así que unas veces se llama *Lex Romana*, y otras *Liber legum*, y *Actoritas Alarici Regis*; *Commonitorum*; *Lex Romana Wisigothorum*; *Lex Theodosii* y *Corpus Theodosianum*, por estar tomadas del Código de Teodosio las disposiciones más notables e importantes y el principio de aquella colección. Los redactores de este código se valieron de los dos grandes elementos del derecho romano, a saber: las constituciones de los emperadores y los escritos de los jurisconsultos. Pero hay un tercer elemento componente del Breviario, la

evadir el castigo que merecía por *invasio*”. KING, P. D.: *Law and Society in the Visigothic Kingdom... Op. cit.*, Pág., 234.

“Interpretatio”. Cada texto está aclarado o interpretado por los redactores, lo que supone una valiosa fuente de conocimiento del derecho romano vulgar.

El Breviario estuvo largo tiempo vigente, pero cesó en su autoridad con la promulgación del Fuero Juzgo⁵⁶.

“Según la *Lex Romana Wisigothorum*, los predios no pueden ser ocupados nada más que por las personas que los poseen. La ocupación ilícita de la posesión puede recuperarse por medio de los interdictos posesorios”⁵⁷.

“Los interdictos que protegen la posesión, se dividen en interdictos de retener e interdictos de recobrar. Los interdictos de retener son el *uti possidetis* y el *utrubi*, el primero de estos interdictos servía para proteger la posesión de inmuebles y el segundo, que se regula en la *Lex Romana Wisigothorum*, la de un mueble. Entre los interdictos de recobrar se encuentra el *unde vi*⁵⁸, para el caso de que un poseedor fuese expulsado violentamente de un fundo”⁵⁹.

⁵⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Elementos de Derecho civil y penal de España. Tomo 1...* Op. cit., Págs., 29-33; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español...* Op. cit., Págs., 102-103; PÉREZ BUSTAMANTE, C.: *Compendio de Historia de España*. Ed. Atlas, 11ª edición. Madrid, 1967. Pág. 106; LALINDE ABADÍA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*. Ed. EUB, S.L., 6ª edición. Barcelona, 2004. Págs., 86-88; MINGUIÓN, S.: *Historia del Derecho español...* Op. cit., Págs., 48-49; AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media...* Op. cit., Págs., 369-370.

⁵⁷ DOMÍNGUEZ AGUDO, M. I.: *Estudio léxico de iura y leges en el Derecho romano vulgar occidental*. E-Prints UCM. Código ID: 5243. Pág., 329.

⁵⁸ “Expresión técnico-jurídica para referirse al interdicto posesorio, que protege contra la perturbación de la posesión de una cosa ajena o de quien está ausente, ya que permite recuperar la posesión injustamente perdida, debida a un acto de invasión con violencia. La expresión sustantivada *unde vi* no aparece como tal recogida como un término en las constituciones, pero sí en la rúbrica del Libro IV, Título XXII que introduce este interdicto posesorio y lo desarrolla. El plazo para interponer esta acción es de un año *Ad recipiendum momentum, id est infra anni spatium cuiuslibet persona agere potest*. La restitución de lo invadido es inmediata, cuando se produce la invasión de la posesión, tanto por negligencia del siervo, que la tiene a cargo (aunque se exceda del plazo de un año para interponer la acción), como por la avaricia de presuntos herederos o por la mala actuación de los tutores o curadores, siendo castigados estos últimos con pena de exilio (CTh IV 22,1 = LRV IV 20,1): *Cui tamen quolibet tempore reverso actionem recuperandae possessionis indulsumus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel negligentes propinquos vel amicos et colonos interea differatur*. La persona afectada que pierde la posesión por un acto de violencia debe de hacer uso de este interdicto y no responder del mismo modo violento por el que le fue quitado (Int IV 22, 2 = LRV IV 20, 2) *quicumque causam suam non ita agere voluerit, ut adversarium suum publice patefacta actione conveniat et dominium possessoris aliqua ratione conturbaverit, ita negotium ipsum careat, ut eam causam numquam valeat reparare qui prius rem voluit auferre quam sperare a iudice, ut deberet audiri*. Si han sido tutores o curadores de menores los que han actuado de esta manera, su temeridad no impide la recuperación de la propiedad para los menores, sin perjuicio de la pena de perpetuo exilio que han de sufrir por su negligencia *nullum*

“La ocupación de una finca en litigio venía tipificada por el Derecho romano tardío como *invasio*. Claramente refleja el derecho romano vulgar en este punto la Int.CTh.4, 22, 3: ... *si quis aut fiscalem rem aut privatam ante sententiam a iudice prolatam invaserit et noluerit expectare litis eventum, perdat negotium qui contempsit vaserit et noluerit expectare litis eventum, perdat negotium qui contempsit expectare iudicium*. Sólo que aquí, si el *invasor* resulta no ser el propietario (*quod per iustitiam apud iudicem non poterat obtinere*), debe abonar al propietario invadido otra finca del mismo valor: *habita aestimatione talem rem aliam*. ... la regla de la *invasio* se involucra en nuestra ley en la figura también conocida por el derecho romano vulgar de la *translatio ad potentiores*, tal como se nos presenta en Int.CTh.2, 14,1. Este acto también encaminado a defraudar a un adversario judicial, enfrentándolo con un *potentior*, acarreaba en el mejor de los casos, la pérdida del propio derecho, a la vez que, para el *potentior* que se prestaba a la combinación, una nota de deshonor: *publice debet dignitas eorum pro omni vilitate notari*”⁶⁰.

1.4.3.- COMPILACIÓN DE DERECHO NACIONAL: LIBER IUDICIORUM

La prohibición que Chindasvinto hizo de citar leyes romanas, las cuales componían el Breviario; inducen a presumir que fue el primer compilador de la

minoribus praeiudicium fieri ex tutorum vel curatorum temeritate permittimus, sed proprietatem suam sine dilatione recipiant, curatores autem vel tutores amissis rebus suis perpetuo exilio deputentur (Int IV 22, 2 = LRV IV 20, 2). La ley prohíbe que alegando un precepto del príncipe o la respuesta de un juez se invada la posesión de un ausente sin estar presentes ambas partes que litigan sobre la posesión. *Nec imperiale responsum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris interpellare possessionis statum eo qui rem tenet absente permittitur, quia negotiorum merita partium adsertione panduntur* (CTh IV 22, 5 = LRV IV 20, 5). Lo mismo se aplica, tratándose de herederos *vitia autem a maioribus contracta perdurant et successorem auctoris sui culpa comitatur* (CTh IV 22, 5 = LRV IV 20, 5)”. DOMÍNGUEZ AGUDO, M. I.: *Estudio léxico de iura y leges en el Derecho romano vulgar occidental...* Op. cit., Págs., 446-447.

⁵⁹ DOMÍNGUEZ AGUDO, M. I.: *Estudio léxico de iura y leges en el Derecho romano vulgar occidental...* Op. cit., Págs., 30.

⁶⁰ Int: Interpretatio Breviarii Alariciani; CTh: Codex Theodosianus; D’ORS, A.: << La territorialidad del derecho de los visigodos >> en *Estudios visigóticos I*. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1956; Pág., 100; Vid., *Código de Alarico II. Fragmentos de la “Ley Romana” de los visigodos conservados en un Códice Palimpsesto de la Catedral de León*. Proemio por Francisco de Cárdenas y Fidel Fita. Ed. Fundación Sánchez-Albornoz. León, 1991. (Reimpresión facsímil de la *Legis Romanae Wisigothorum. Fragmenta ex Codice Palimpsesto Sanctae Legionensis Ecclesiae. Protulit Illustravit ac sumptu publico. Edidit, Regia Historiae Academia Hispana. Matriti*, 1896).

colección de los visigodos. Este rey proyectó reunir en un solo libro la redacción legislativa de Leovigildo y las principales disposiciones de los monarcas posteriores, corrigiendo algunas leyes. Muerto sin alcanzar dicho proyecto, logró publicar tal recopilación su hijo Recesvinto (año 654 d. C.) con el asesoramiento de San Braulio, y la revisión por el VIII Concilio de Toledo.

La recopilación del Derecho, obra de Recesvinto, es conocida con diversos nombres, como los de *Liber Iudiciorum* (Libro de los Juicios), *Liber Iudicum* (Libro de los Jueces), *Lex Wisigothorum* (Ley de los Visigodos), *Lex Gothorum* (Ley de los Godos), o *Lex Gothica* (Ley Gótica)⁶¹. El idioma empleado es el latín, y está dividido en 12 libros (como el Código de Justiniano) y éstos en títulos, donde se incluyen numeradas las leyes que tratan del mismo tema. La mayoría de las leyes que contiene son de Chindasvinto y de Recesvinto. Las leyes que habían sido promulgadas por Recaredo o por cualquiera de sus sucesores hasta el mismo Recesvinto, se incluyen en el *Liber Iudiciorum*, con indicación del nombre del rey que las dictó. Otras se encuentran precedidas de la palabra “*antiqua*”, “*antiqua emendata*”, o no llevan encabezamiento alguno. Las primeras proceden directamente del *Codex revisus*⁶², e indirectamente del Código de Eurico; las segundas llevan tal notación si procedentes de tal Código han sufrido corrección o enmienda; y las terceras habrían sido profundamente manipuladas.

Ervigio, sucesor de Wamba, fue también uno de los autores del *Liber Iudiciorum*, corrigiendo, anulando, y añadiendo algunas leyes. La nueva redacción del *Liber Iudiciorum* se promulgó en el año 681 en el XII Concilio de Toledo. En el Concilio XVI de Toledo, Egica proyectó una nueva revisión del *Liber Iudiciorum*.

⁶¹ El nombre de *Lex Wisigothorum* puede darse tanto al Código de Eurico como al *Liber Iudiciorum*, siendo preferible esta última designación para referirse a la recopilación de Recesvinto, y así evitar confusiones terminológicas. En otras ocasiones se designa al Código de Eurico como *Lex Antiqua Wisigothorum*, para distinguirla de la *Lex Wisigothorum* o *Liber Iudiciorum*. SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*. Ed. Miñón, 10ª edición revisada por José Antonio Rubio. Valladolid, 1982. Pág., 45.

⁶² Leovigildo reformó el Código de Eurico, corrigiendo lo que en él no aparecía estatuido, con la adición de muchas leyes omitidas y la supresión de las superfluas; por eso su obra se llama *Codex revisus* (*El Código revisado*). Este código no ha llegado hasta nosotros; si bien, muchas de sus leyes figuran en el *Liber iudiciorum*, con la anotación *antiqua*. AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media*. Ed. Espasa-Calpe, S.A., 11ª edición. Madrid, 1971. Pág., 369; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*. Ed. Tecnos, 4ª edición, 1983; 9ª reimpresión. Madrid, 2001. Págs., 103-104.

Aunque no llegó a cristalizar, a los ejemplares oficiales del *Liber Iudiciorum* se añadieron diversas leyes promulgadas por Egica. Junto a estas revisiones oficiales, a través de los propios juristas que manejaban el *Liber Iudiciorum* se produjeron alteraciones privadas de las disposiciones con agregaciones, interpolaciones y en ocasiones supresiones. Por ser fruto esta redacción de la vulgarización extraoficial del texto, recibe el nombre de versión “*vulgata*” (vulgar) del *Liber Iudiciorum*.

La publicación del *Liber Iudiciorum*, forma una de las épocas más señaladas de nuestra historia, tanto en los anales jurídicos como en el estado social del país. El derecho personal o de razas que tan largo tiempo había dominado en España, que había conservado fuerza aun después que los vencedores abrazaron la religión de los vencidos, desaparece legalmente, y da lugar al derecho territorial que ha de regir en lo sucesivo a todos los habitantes de la Península⁶³. Desaparece también la línea divisoria trazada por la prohibición de contraer enlaces las familias de los visigodos con la de los españoles, y al permitirlos la ley de Recesvinto, constituye un nuevo vínculo de unión entre sus súbditos afirmándose la unidad nacional. El *Liber Iudiciorum* es el símbolo de esta unidad en el derecho, pues la fuerza obligatoria se extiende sobre toda la monarquía, dejando de existir como cuerpos legales el Código de Eurico y la *Lex Romana*, que pasan a ser considerados como textos históricos⁶⁴.

⁶³ “Recaredo abjuró el arrianismo en el Concilio III de Toledo, y lo mismo hicieron su mujer, muchos nobles godos y algunos obispos arrianos, todos los cuales se convirtieron al Catolicismo. Al adoptar los gobernantes godos como religión oficial la del pueblo sometido, se estableció un fuerte vínculo de unión entre ambos pueblos, y la raza hispano-romana, a la cual pertenecían, por lo general, los obispos católicos”. MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español... Op. cit.*, Pág., 78-79. “En esta época es, bajo los reinados de Chindasvinto y de Recesvinto, cuando se completa la obra principada por Recaredo, de la fusión y amalgama de las dos naciones. La unidad de religión le había dado principio: la unidad de legislación y la mezcla real de las familias debían venir a completarla. Esa comunidad del derecho se estableció por Chindasvinto, derogando las leyes romanas, y decretando que no se siguiesen en todo el reino otras que las góticas: esta confusión de las familias la autorizó completamente su sucesor, permitiendo los matrimonios de que ya había ejemplos, pero que siempre estaban prohibidos entre los godos y los galos y españoles. Así los dos pueblos, que eran ya uno ante Dios y luego ante la ley, llegaron también a serlo en el seno de la familia: desaparecieron las razas, y la nación acabó de ostentarse como una sola en el templo, en el foro y en el hogar”. PACHECO, J.F., Y DE LA PUENTE APEZECHEA, F.: *De la Monarquía Wisigoda y de su código, el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo*. Imprenta de Julián Peña. Antonio de San Martín, editor; 2ª edición. Madrid, 1872. Pág. XXII.

⁶⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Elementos de Derecho civil y penal de España. Tomo I... Op. cit.*, Pág., 41-44; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español... Op. cit.*, Págs., 104-105; PÉREZ BUSTAMANTE, C.: *Compendio de Historia de España... Op. cit.*, Pág. 106; LALINDE ABADÍA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español... Op. cit.*, Págs., 95-104; MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español... Op. cit.*, Pág., 49-51; AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media... Op. cit.*, Págs., 370-371; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*. Ed. Miñón, 10ª edición revisada por José Antonio Rubio. Valladolid, 1982. Pág. 45-48; ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-*

El *Liber Iudiciorum* adquirió el nombre de Fuero Juzgo a principios del S. XIII, cuando San Fernando el 4 de abril de 1241, dio como fuero particular a la ciudad de Córdoba, después de su conquista a los moros, el *Liber Iudiciorum*; y a este fin mandó que se tradujera del original latino, para conocimiento común y perpetua observancia⁶⁵.

A) *De inlatis violentiis et damnis*⁶⁶.

El libro octavo “*De inlatis violentiis et damnis*” (“De las fuerzas, et de los dannos, et de los quebrantamientos”), consta de cinco títulos. El primero “*De invasionibus, et direptionibus*” (“De los cometedores e de los forzadores”) se haya integrado por trece leyes. Relacionadas con el tema que nos ocupa, encontramos la ley II “*Si possessor per violentiam expellatur*” (“Si algún omne es echado por fuerza de lo suyo”) que prohíbe que nadie sea echado de lo suyo por fuerza y sin sentencia del juez, y antes si sucediese sea restituido a su posesión⁶⁷. La Ley IV, “*Si intra domum vel ianuam suam violenter aliquis includatur*” (“Si algun omne es encerrado en su casa detrás de su puerta por fuerza”), tomada del derecho romano, es relativa al impedimento que se pone a uno para salir de su casa, o bien para entrar después de haberle arrancado

Administrativas... Op. cit., Págs., 210-211; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Curso de Historia del Derecho español. Introducción, fuentes y materiales institucionales*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 1989. Págs., 451-456.

⁶⁵ PACHECO, J.F., Y DE LA PUENTE APEZECHEA, F.: *De la Monarquía Wisigoda y de su código, el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo*. Imprenta de Julián Peña. Antonio de San Martín, editor; 2ª edición. Madrid, 1872. Pág. XLI.

⁶⁶ En este epígrafe las citas en latín se corresponden con el *Liber Iudiciorum*, y su traducción al español con el *Fuero Juzgo*.

⁶⁷ Ley II, Tít., I, Lib., VIII.- “*Si possessor per violentiam expellatur.- Quicumque violenter expulerit possidentem priusquam pro ipso iudicis sententia procedat, si causam meliorem habuerit, ipsam causam de qua agitur perdat. Ille vero qui violentiam pertulit, universa in statu quo fuerant recipiat quae possedit, et securus teneat. Si vero illud invasit quod per iudicium obtinere non potuit, et causam amittat, et aliud tantum quantum invasit reddat expulso*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero*. Imprenta de Julián Peña. Antonio de San Martín, editor; 2ª edición. Madrid, 1872. Pág., 56. (“Si algún omne es echado por fuerza de lo suyo.- Quien echa á otro omne por fuerza de lo suyo, ante que el iudicio sea dado, pierda toda la demanda, maguer que aya buena razón. E aquel que fué forzado, reciba su posesión, et todo lo suyo que tenia entréguelo en paz á qui toma por fuerza la cosa que non puede vencer por iudizio, pierda lo que demanda, y entregue al tanto á aquel que fué forzado”). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 165.

de ella⁶⁸. La ley V “*Ut nulla res ab alio possessa obsque iudicio usurpetur*” (“Que nengun omne non tome lo que otri tiene por fuerza”) veda que ninguno se tome por su mano lo que otro tiene, bajo la pena, entre otras sanciones, de perder todo derecho al objeto de que se trata⁶⁹. La ley VII “*Ne, absente domino, vel in expeditione publica*

⁶⁸ Ley IV, Tít., I, Lib., VIII.- “*Si intra domun vel ianuam suam violenter aliquis includatur.- Quicumque dominum vel dominant intra domun, vel cortis suae ianuam violenter incluserit, eisque aditum egressionis negaverit, sive ut id fieret aliis praeceperit, pro ausos temeritate auctor sceleris det domino vel dominae auri solidos numero XXX., et praeter hoc C. flagella suscipiat. Hi vero, qui malis voluntatibus eius consenserint, auxiliumve, ut hoc fieret, praestiterint, si in eius patrocínio non sunt, singuli ingenuorum quindenos solidos illis, quibus violentiam intulerunt, cogantur inferre, et pro admisi praesumptione centena flagella suscipiant. Servi autem si id domino vel dominanon iubente commiserint, ducentos ictus accipiant flagellorum. Si vero ita dominus vel domina a violento vel praesumptore extra suam domum vel ianuam excludantur, ut continuo, quod est gravius, potestas eis ab ea domo vel familia, caeterisque rebus auferatur, commissor sceleris damnum invasionis incurrat, atque etiam C. ictus accipiat flagellorum. Ingenui autem huius criminis socii, si in eius patrocínio non sunt, C. flagella suscipiant, et singuli trecentos solidos cogantur exsolvere, illis proculdubio profuturos, quibus liane iniuriam intulisse noscuntur. Quod si hoc servi, ignorantibus dominis, sua sponte commiserint, servi poenam sustineant superius comprehensam: domini vero nihil iniurie, vel detrimenti perferant. Idipsumetiam patiantur, qui domum alienam sua auctoritate sine regis vel iudicis iussione adprehendere, describere, aut obsignare presumpserint*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 57. (“Si algun omne es encerrado en su casa detrás de su puerta por fuerza.- Todo omne que encierra por fuerza al sennor, ó la duenna en su casa, ó en su corral, ó mandare á otros omnes que los non dexten salir, peche XXX. moravedís doro al sennor ó á la duenna por la locura que fizo, é demás reciba C. azotes, é aquellos que ge lo conseiaron, ó quel ajudaron, si non eran omnes que anduviesen por su mandado, y eran libres, cada uno peche XV. moravedís a aquel que fizieron el tuerto, é reciba demás cada uno C. azotes. E si eran siervos, é lo fizieron á algun omne libre sin mandado de su sennor, reciba cada uno CC. azotes. E si algún omne sacare por fuerza al sennor ó a la duenna fuera de su casa, assí que non puede ir á su casa, el encerrador pécheles la pena por la fuerza que fizo, é demas reciba C. azotes, é los quel ajudaron, si son libres, é non son en su poder, cada uno reciba C. azotes, é cada uno dellos peche XXX. moravedís á aquel á quien fizieron el tuerto. E si fuere siervo, ó lo ficiere sin voluntad de su sennor, sufra la pena de suso dicha: y el sennor non aya ningund damno. Y esta misma pena deven sufrir aquellos que prenden cosa aiena sin mandado del rey, ó de iuez, e que escriben lo que fallan en ella”). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 165.

⁶⁹ Ley V, Tít., I, Lib., VIII.- “*Ut nulla res ab alio possessa obsque iudicio usurpetur.- Nullus comes, vicarius, villicus, praepositus, actor, aut procurator, seu quilibet ingenuus, atque etiam servus rem, quae; ab alio possidetur, post nomen regiae potestatis, vel dominorum suorum, ausu usurpare praesumat ante iudicium. Quod si non expectata discussione, id quod ab alio possidetur, aut iuris alterius esse dinoscitur, invaserit, omne quod abstulit, vel praesumptiosus invasit, tam in mancipiis, quam in caeteris rebus in duplum ei restituat, de cuius iure visus est abstulisse, ac singulorum annorum fruges, quas inde fideliter collegisse iuraverit, petitori compellatur exsolvere. Et tamen si servus absque domini voluntate hoc fecerit, CC. insuper extensus publicae flagella suscipiat. Ita ut si dominus pro rei duplatione noluerit satisfacere, rem, quae ablata est, in eo statu cum frugibus restituat, et eundem servum pro facti temeritate, insistente iudice, ei cuius res invasit vel abstulit, servitutum tradere non desistat. Omnimodis tamen erit sollicitè perquirendum ne qualibet suasionem, vel fraudis alicuius commento idem servus cum illius domini voluntate hoc fecerit, cuius rem ablatam esse constitit: et si ita repertum fuerit, iuxta aliam legem dominus qui suavit, vel malum fieri fraudulenter permisit, quantum servus tulerat, septuplum dominus rei domino servi persolvat, et servum suum dominus eius securus possideat*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 57. (“Que nengun omne non tome lo que otri tiene por fuerza.- Nengun cuende, ni nengun vicario, ni nengun mayordomo, ni omne libre, ni siervo non tome por fuerza lo que el otro tiene en poder, pues que aquel que lo tiene se alama el rey, ó dice que es suio, ó dice cuio es; é si lo tomare sin mandado del iuez, ó lo entrare por fuerza lo que otri toviere, todo lo que tomó, é lo que entró por fuerza entregúelo, assí en siervos como en otras cosas, todo en duplo al que lo fizo, é todo quanto iurare el que levó por su sacramento que ovo ende cada uno, entregúelo. E si fuere siervo, é lo ficiere sin voluntad de su sennor, reciba demás CC. azotes. E si el

constituto, cuiusquam domus inquietetur” (“Que si el sennor non es en la casa, ó si es en la hueste, nengun omne non le debe guerrear la cosa”) se refiere a que no se haga objeto de litigio, ni se tome por fuerza aunque se tenga derecho a ella, la casa del que esté en hueste; estableciéndose que si el que marcha en hueste fuese emplazado por el juez y no comparece por sí o representado por otra persona, el juez adjudique al otro lo que reclama, sin perjuicio de oír al reo cuando vuelva⁷⁰.

Los otros títulos de este libro VIII versan de los daños⁷¹ en sus más diversas formas (incendios, daños que se hacen a los árboles, huertas y mieses, daños que hace el ganado u otros animales ...), siendo relevantes las leyes XXIV “*De damnis iter publicum concludentium*” (“De los que cierran el camino”), XXV “*De servando spatio iuxta vias publicas*” (“Quanto de terreno debe omne dexar cerca del camino”) y XXVII “*Ne iter agentibus pascua non conclusa vetentur*” (“Que los pastos que non son cerrados non sean defendidos á los que pasan por camino”) del Título IV “*De damnis animalium, vel diversarum rerum*” (“Del danno que face el ganado, ó de las otras animalias”) que aseguran la vía pública, e impiden estar más de dos días en los lugares

sennor non quisiere fazer emienda por el duplo, dé el siervo por emienda, y entriegue la cosa. Mas esto deve guardar en todas guisas el iuez, que si aquel siervo non fiziesse por enganno de voluntad de cuyo era la cosa por amor de ganar el siervo, é si lo fallare assí por verdat el iuez, que el sennor de la cosa lo fizo fazer, todo quanto el siervo levava, el sennor de la cosa peche en VII. duplos al sennor del siervo, segundo la otra ley, hy el sennor del siervo aya el siervo quito”). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 165.

⁷⁰ Ley VII, Tít., I, Lib., VIII.- “*Ne, absente domino, vel in expeditione publica constituto, cuiusquam domus inquietetur. - Nullus domum inquietet absentis, nec in expeditione publica constituti. Et si quod per iudicium recipere potuisset, absente eo quem fuerat conventurus, invaserit, reddat in duplum. Si vero illud invaserit quod per nullum iudicium ei debebatur, reddat in triplum. Si quis autem antequam in expeditionem proficiscatur, ad negotium dicendum iudicis fuerit admonitione conventus, aut per se causam dicere non moretur, aut per mandati scripturam personam eligat, qui adversario suo, iudice praesente, respondeat. Quod si nec mandatum dederit, nec respondere voluerit, et sic in expeditionem profectus causam non dixerit, postquam fuerit conventus a iudice, iudex adversario suo, quae respetebat, iubeat reformari. Illi tamen, dum reversus fuerit, actio servetur*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 57. (“Que si el sennor non es en la casa, ó si es en la hueste, nengun omne non le debe guerrear la cosa.- Nengun omne non guerree casa aiena mientra el sennor es en la hueste; é si algun omne entrar por fuerza la casa, que pudier venger por iuizio, non seyendo el sennor de la casa en la tierra, entregue la cosa que forzó en duplo. E si forzar tal cosa en que non a ninguna demanda, péchela en tres duplos. E si algun omne es lamado por el iuez, que venga al pleyto ante que se vayan en la hueste, mandamos que responda por sí, ó envíe escripto por otra persona que responda por él antel iuez. E si él non quisiere responder, nin quisiere dar otro que responda por él, é assí se fuere, pues que es quito del iuez, el iuez entregue á aquel que demanda la cosa, assí que el otro la pueda demandar pues que fuere tornado”). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 166.

⁷¹ En relación a los daños (*damnum*), *vid.*, SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática* (art. 263 Código Penal). Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 2003. Págs., 11-14.

no cerrados; y la XXXI “*De furantibus aquas ex decursibus alienis*” (“De los que furtan las aguas”) que sanciona la distracción del curso de las aguas al tratar de los riegos, bajo la idea inspiradora de que las aguas son para los riegos una servidumbre natural de las tierras por donde corren, y que en las aguas corrientes no hay propiedad privada⁷².

⁷² Ley XXIV, Tít., IV, Lib., VIII.- “*De damnis iter publicum concludentium.- Si iter publicum clausum sit, rumpenti sepem aut vallum, nulla calumnia moveatur. Ille vero qui viam clauserat, quae consueverat frequentari, si servus est a iudice perducatur ad sepem, et C. flagella suscipiat, et per distractionem iudicis priorem viam aperire cogatur, etiam si messis ibidem esse videatur. Si vero id fuerit a potentiore commissum, exigantur ei solidi XX. Reliquae autem personae talia committentes, decenos solidos exsolvere compellantur: ita ut omnis huius rei compositio fisci viribus inferatur*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 62. (“De los que cierran el camino.- Si algun omne cierra la carrera pública de seto ó de valladar, el que crebantar el seto ó el valladar non sea tenuto de la emienda, y el que cercó la carrera, si es siervo, préndalo el iuez, é fágalo aducir al seto, é fagal dar C. azotes: é costréngalo que abra la carrera cuemo solia ser, maguera que tenga y mies. E si es omne poderoso el que lo faz, peche XX. sueldos: é los omnes de menor guisa que lo ficieren, peche cada uno X. sueldos. E toda esta pena dévela aver el rey”). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 170. Ley XXV, Tít., IV, Lib., VIII.- “*De servando spatio iuxta vias publicas.- Viam per quam ad civitatem, sive ad provincias nostras ire consuevimus, nullus praecepti nostri temerator existat, ut eam excludat, sed in utrumque medietas aripennis libera servetur, ut iter agentibus adplicandi spatium non vetetur. Si quis autem huius legis praecepta transcenderit, si maior persona est, det solidos XV. Inferiores vero personae octenos solidos solvant fisco profuturos. Qui certe iuxta huiusmodi viam, messem, aut vineam, vel pratrum sive conclusum habere cognoscitur, sepe utrumque concludat; quod si propter paupertatis angustiam campum sepibus non possit ambire, fossatum protendere non moretur*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 62. (“Quanto de terreno debe omne dexar cerca del camino.- La carrera por que los omnes suelen ir á las cibdades ó á las villas nengun omne no la cierre, mas dexten la meatad descubierta sin él al que prende de cada una parte, que aquellos que van carrera, que puedan aver espacio de folgar. E si algun omne viniere contra esta nuestra ley, si es omne poderoso, peche XV. sueldos, ó si fuere omne de menor guisa, peche VIII. sueldos, é dévelos aver el rey. E quien a alguna mies, ó vinna, ó prado cerca de la carrera, cérquelo de seto, é si lo non puede facer por pobreza, faga y valladar”). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Págs., 170-171. Ley XXVII, Tít., IV, Lib., VIII.- “*Ne iter agentibus pascua non conclusa vetentur.- Iter agentibus in pascuis quae conclusa non sunt, deponere sarcinam, et iumenta vel boves pascere non vetetur. Ita ut non uno loco plusquam viduo, nisi hoc ab eo cuius pascua sunt obtinuerint, commorentur, nec arbores maiores vel glandiferas, nisi praestiterit silvae dominus, a radice succidant. Ramos autem ad pascendos boves non prohibeantur competenter incidere*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Págs., 62-63. (“Que los pastos que non son cerrados non sean defendidos á los que pasan por camino.- Los omnes que van por camino, en los campos, ó en los logares de pascer, que non son cerrados, puédense deportar en ellos, ó dar á pascer á sos ganados é á sus bestias, assí que non deven estar en nengun logar mas de dos dias, se ge lo non consentiere el sennor del campo cuyo es, nin deve taiar los árboles por la raiz, nin quemar sin voluntad de so sennor: mas bien puede pascer el ganado los campos é los ramos de los arboles”). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 171. Ley XXXI, Tít., IV, Lib., VIII.- “*De furantibus aquas ex decursibus alienis.- Multarum terrarum situs qui indiget pluviis, foveri aquis studetur inriguis, cuius terrae ita experimentum tenetur, ut si defecerit aquarum solitus usus, desperetur confisus ex fruge proventus. Proinde ubi maiores aquae sunt, si quis furtive aut malitiose aquam ex decursibus substraxerit alienis, per quatuor horarum spatium de solidum unum. Ubi autem miores sunt derivationes aquarum, per quatuor horas exsolvat tremissem unum. Aqua vero quantis horis alibi dilapsa convincitur, tatis ad inrigandum competenti tempore domino reformetur. Servus si sua sponte ista praesumpserit, pro maioribus aquis C. flagella suscipiat: pro minoribus vero L. verberum cessionibus succumbat*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 63. (“De los que furtan las aguas.- Muchos de logares en que an mengua de agua de pluvia, son tales, que si el agua de los rios y desfallece, los omnes de la tierra se desesperan de aver mieses: é por ende en las tierras o corren los rios establecemos, que si algún omne furta el agua, ó la face correr por enganno por otro logar que non suele, por cada quatro horas del dia que la ficiere correr á iubre, peche un sueldo. E si

B) *De divisionibus, et annorum temporibus atque limitibus*⁷³.

El Libro X “*De divisionibus, et annorum temporibus atque limitibus*” (“De las particiones, e de los tiempos, e de los annos, e de las lindes”) consta de tres títulos. En el primero “*De divisionibus, et terris ad placitum datis*” (“De las particiones, e de las tierras arrendadas”) las leyes VI “*Si vineam aut domum quis in consortis terra construxerit*” (“Si algun omne faz alguna cosa en heredit aiena, en que non ha parte”) y VII “*Si vineam in aliena terra quis plantet in qua non habet sortem*” (“Si algun omne pone una vinna en heredit aiena en que non ha ninguna suerte”) tratan de la edificación y plantación de viña en suelo ajeno, debiendo el que sembró o plantó dar otro tanto de otra tierra; pero si tomó por fuerza tierra ajena, y se metió a plantar en ella, no le condena más que a la restitución de la tierra, y la pérdida a favor del dueño de todo cuanto plantó. Y si se vende tierra ajena y el comprador plantó, sembró o edificó en ella se queda con su labor y el vendedor debe el duplo de lo que vendió⁷⁴.

el agua es pequenna, por quatro horas del día peche la tercia parte de un sueldo, é por quanto tiempo corrió el agua por otros logares, por otro tanto tiempo sea entregada a aquel que la devia aver. E si el siervo lo face por su grado, si el agua es grande, reciba C. azotes, é si el agua es pequenna reciba L. azotes”). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 171. *Vid.-* PACHECO, J.F., Y DE LA PUENTE APEZECHEA, F.: *De la Monarquía Wisigoda y de su código, el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo*. Imprenta de Julián Peña. Antonio de San Martín, editor; 2ª edición. Madrid, 1872. Págs., LXIV-LXVI.

⁷³ En este epígrafe las citas en latín se corresponden con el *Liber Iudiciorum*, y su traducción al español con el *Fuero Juzgo*.

⁷⁴ Ley VI, Tít., I, Lib., X.- “*Si vineam aut domum quis in consortis terra construxerit.- Si quis, domino nesciente vel consentiente, vineam in consortis terra plantaverit, aut domum fecerit, vel certe si ipse qui vineam plantat, vel domum facit, ignoraverit quod portio sit consortis; dum hoc aut testibus aut iuramento firmaverit, aliud tantum terrae paris meriti domino illi, in cuius terra vineam plantavit, restituat, et qui posuit vineam securus oblineat. Si vero domino contradicente plantaverit, iuste eam perdat qui rem alienam domino contradicente plantavit. Similis etiam et de aedificii forma servetur. Hoc tamen adiicimus, ut si quicumque alteri terram vendiderit aut donaverit sive commutaverit, quae tamen reperiatur quandoquidem non eius iuris fuisse qui dedit; si ille qui terram ipsam acceperit, in eadem terra domum aedificaverit, aut vineam plantaverit, sive oliveta, hortum vel pomaria fecerit, sive etiam si quid utilitatis ibi aut laboris adiecerit, et dominus terrae illius cui terra ipsa debita fortasse manebat, callidum se servans contestari noluerit, aut fortasse longe commanens id ipsum aut nescierit, aut contestari noluerit, ut in postmodum laboratum ibi auferre aliquid possit: dum hoc ipse cuius eandem terram esse patuerit, coram iudice propulsaverit, ab auctore qui terram ipsam iniuste alteri dedit, alteram et similem terram in duplo recipiat; et ille qui in eadem terra labores suos exercuit, id quod laboravit nullo modo perdat*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 71. (“Si algun omne faz alguna cosa en heredit aiena, en que non ha parte.- Si alguno de los compañosos face vinna ó casa de heredit de so compañoso, non lo sabiendo so compañoso, ó non lo sabiendo aquel que lo faz que es heredit de so compañoso, ó sabiéndolo, si pudier mostrar por iuramento ó por testigos, dé otro tanto de otra tal tierra á su compañoso, é finque á él aquello que tomó. E si ficiere la casa ó la vinna contra defendimiento de su compañoso, deve perder quanto hy ficiere, ó quanto hy plantare. Mas esto ennademos en esta ley, que si algun omne da tierra aiena, ó la vendiere, ó la diere en

El título III “*De terminis et limitibus*” (“De los términos et de los fitos”) de este Libro X trata de los hitos o mojones para dividir las tierras regulando en la Ley I “*Ut termini et limites conserventur*” (“Que los términos é los fitos sean guardados”) su obligación de ser respetados, en la Ley II “*De conlisis et evulsis limitibus*” (“De los fitos arrancados ó quebrantados”) las consecuencias de ser arrancados o quebrantados, en la Ley III “*Quid observetur si de terminis contentio oriatur*” (“Si se levanta contienda sobre los términos ó sobre los fitos”) la solución a las contiendas que se susciten sobre los mismos, y en la Ley IV “*Si alter intra terminos alienos possidere dicatur*” (“Si algún omne toma alguna cosa sobrel fito”) la ocupación de heredad más allá de los hitos del vecino⁷⁵.

camio, tal que nunca fué en su poder daquel que la dio; si aquel que la tomó ficiere en aquella tierra casa, ó vinna, ó huerta, ó olivedos, ó pumares, ó ficiere hy alguna labor, et aquel cuya es la tierra, por enganno non la quiere demandar, porque gane después ende el labor que hy ficiere el otro, ó es luenne de la tierra, ó non lo sabe: pues que aqueste a quien fué dada la tierra pudier esto mostrar antel alcall, aquel que ge la dio peche otras dos tales tierras: é non deve perder su labor que ficiere en aquella tierra”). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Págs., 179-180. Ley VII, Tít., I, Lib., X.- “*Si vineam in aliena terra quis plantet in qua non habet sortem. - Qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine permissione domini, sive per vim, aut forsitan domino nesciente vel absente plantaverit, etiam si ei contradictum non fuerit, vineam quam plantavit amittat: quia sufficere eidebet quod ad duplationem rei non addicitur, qui aliena praevaricare dinoscitur*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 71. (“Si algun omne pone una vinna en heredad aiena en que non ha ninguna suerte.- Quien faz vinna en tierra aiena, en que non ha ninguna suerte, sin mandado de cuya era la tierra, si lo ficiere por fuerza, ó non seyendo el sennor en la tierra, maguer que ge lo non defendiese, pierda todo cuanto hy plantó: ca abastarle deve que non peche el duplo, porque tomó tierra aiena por fuerza”). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 180.

⁷⁵ Ley I, Tít., III, Lib., X.- “*Ut termini et limites conserventur. - Antiquos terminos et limites sic stare iubemus, sicut antiquitus videntur esse constructi, nec aliqua patimur commotione divelli*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 74. (“Que los términos é los fitos sean guardados.- Los términos é los fitos mandamos estar assí cuemo estudieron antiguamiente, é non mandamos que sean mudados por nenguna manera”). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 182. Ley II, Tít., III, Lib., X.- “*De conlisis et evulsis limitibus. - Qui studio pervadendi limites complanaverit, aut terminos fixos fuerit ausus evellere: si ingenuus est, per singula signa vel notas XX. solidos, cui fraudem fecit, cogatur inferre: et si servus est, per singula signa L. flagella suscipiat, et limitem et terminum restituat. Si quis autem dum arat, vel vineam plantat, terminum casu non voluntate convellerit; vicinis praesentibus restituat terminum, et postmodum ex hoc nullum damnum aut periculum vereatur*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 74. (“De los fitos arrancados ó quebrantados.- Quien allana los fitos por enganno, ó los arranca, que non parezcan, por cada un fito peche treinta sueldos, si fuere omne libre, á aquel á quien fiziere el enganno. E si es siervo, por cada un fito reciba L. azotes, é torne el fito en su lugar. E si algún omne, mientras que ara, ó pone vinnas si arranca el fito sin su grado delante los vecinos, torne el fito en so logart, é non aya nenguna calonna”). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 182. Ley III, Tít., III, Lib., X.- “*Quid observetur si de terminis contentio oriatur. - Quotiescumque de terminis fuerit orta contentio, signa quae antiquitus constituta sunt, oportet inquiri, id est, aggeres terrae sive arcas, quas propter fines fundorum antiquitus apparuerint fuisse congestas atque constructas: lapides etiam, quos propter indicia terminorum notis evidentibus sculptos constiterit esse defixos. Si haec signa defuerint, tunc in arboribus notas, quas decurias vocant, convenit observari, sed illas quae antiquitus probantur incisae*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo*

1.5.- La Reconquista

Las discordias sucesorias de la electiva monarquía visigoda, con la consiguiente aparición de bandos y partidos, conspiraciones y revueltas continuas, acabaron trayendo la invasión de los árabes, que en el 711 vencieron al último rey godo, Don Rodrigo, en la batalla del lago de la Janda, comúnmente conocida como de Guadalete⁷⁶. Los árabes conquistaron rápidamente la península e instauraron la dominación, que duró cerca de

*primero... Op. cit., Pág., 74. ("Si se levanta contienda sobre los términos ó sobre los fitos.- Quando se levanta entencion de los fitos entre dalgunos omnes, deven pesquerir las sennales que fueron puestas antiguamiente, ó los montes de la tierra, ó las eras, ó las carreras que fueron fechas por departimiento de las tierras, ó las piedras que fueron fincadas por sennales. E si nenguna destas cosas non fallaren, deven catar los árboles que fueron nados antiguamiente por departir las barras"). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 182. Ley IV, Tít., III, Lib., X.- "Si alter intra terminos alienos possidere dicatur.- Si quis intra terminos alienos, per absentiam aut per ignorantiam domini, partem aliquam forte possederit, ita ut diuturna mansio etiam in multo tempore inolita, vel amplius quam L. annis hominum, partes eius habitatio publice et immobiliter consistere aut permanere nullatenus comprobetur; statim quum per antiqua signa evidentibus inspectoribus fines loci alterius cognoscuntur, amittat domino reformandam. Nec contra signa evidentia debitum dominium ullum longae possessionis tempus excludat. Sed hoc si ex his contententibus unius possessoris sive auctorum eius dominium reperiatur, advenisse postremum. Nam si tanta tempora excesserunt, ut nec ipsi nec auctores eorum noverint, cuius primum aut dominium aut possessio fuit: sed nec per testem, nec per scripturam potuerit postremus possessor ostendi, quia dubium primae possessionis constat indicium; unusquisque quod possidet, inrevocabiliter possidebit. Verum ubi unus possessor sine alterius domini mansoribus publice possidens per evidentia signa locum ex integro vindicare videtur; nulla ratio sinit, ut quamvis per longa tempora eius possessionis integritas decerpatur. Vnde si alter illic se per praesumptivam introduxerit novitatem, nihil nocere poterit possessori. Si vero idem alienan adpetens, aliquid ex hoc repetit non praesumptive, sed per iudicium; si meretur obtineat. Nam si incognite et improvise adtentet aliquatenus accedere velle, liceat hunc domino vere, ut violentum accusare, et ut invasorem, per iudicium legibus abdicare". Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 74. ("Si algún omne toma alguna cosa sobrel fito.- Si algun omne toma heredad de su vecino allende de los fitos, non seyendo el vecino en la tierra, ó no lo sabiendo, assique la tenga por mucho tiempo por L. annos, ó mas; mantiniente que los vecinos cataren los fitos, é los fallaren, deve perder luego lo que tomó demas, é non le deve prestar aquello que tovo luengo tiempo, alende de los fitos. Mas esto deve ser entendudo, si aquello puede ser sabido, si aquella tierra era suya, ó de sus antecessores. Mas si tantos tiempos fueren pasados, que non pueda seer sabido qual tovo primero, ó cuya era, ne lo dizen testigos, nin escripto, por que es cosa dubdosa, quien lo tovo á prismas, cada uno tenga por todavía lo que tinie. Mas si lo puede el otro mostrar que lo tovo á primas por fitos, ó por otra cosa, non semeia de razon, que por que la tovo estotro luengo tiempo, que la deve el otro perder. Onde aquel que la tomó por fuerza, ó por enganno, non deve nada empezer al otro. Mas si alguno dellos lo que quisiere aver no lo deve tomar por fuerza, mas demandarlo por iudicio. E si lo tomare por fuerza, el otro lo deve acusar por la fuerza, é vencerlo por forzador"). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 182-183. Vid., PACHECO, J.F., Y DE LA PUENTE APEZECHEA, F.: *De la Monarquía Wisigoda y de su código, el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo... Op. cit., Págs., LXVII-LXIX.**

⁷⁶ "La leyenda cuenta que el rey Don Rodrigo abusó, en la Corte de Toledo, de una dama de las más bellas, que se llamaba Florinda, la Cava, y que era hija del Conde Don Julián, gobernador de Ceuta, plaza del norte de África, que era de los godos. Entonces éste, para vengarse del rey, se entendió secretamente con los moros del norte de África y les ayudó para que pasaran a España". PEMÁN, J.M.: *La Historia de España contad con sencillez... Op. cit., Pág., 82; Vid., CASTILLO, R.: Leyendas épicas españolas. Versión española de los poemas perdidos.* Ed. Castalia, 6ª edición. Madrid, 1988.

ocho siglos⁷⁷. Los cristianos, refugiados en las montañas, organizaron núcleos de resistencia y comenzaron la reconquista del país. Don Pelayo levantó la bandera de la independencia en Asturias derrotando a los musulmanes en la batalla de Covadonga (718)⁷⁸.

Las necesidades de la Reconquista exigen el concurso directo de todos los elementos sociales del país, y sus servicios a esta empresa nacional constituyen el título de su enriquecimiento. La nobleza, el clero, los municipios y el rey tienden a constituir una propiedad de clase y la propiedad territorial se organiza y distribuye bajo la influencia de los señoríos en sus distintas especies de realengo, solariego y behetría. Además se inician las vinculaciones que aparecen claramente desenvueltas en la época siguiente⁷⁹.

⁷⁷ “La monarquía goda fue destruida por las mismas causas que otros grandes imperios, esto es, por su mal gobierno. Las causas políticas obran de una manera muy semejante a las naturales. Una tierra mal labrada produce nada, o pocas y malas yerbas, cuando bien cultivada se crían en ella abundantemente los frutos más preciosos. Una nación bien gobernada puede multiplicar infinitamente sus riquezas, y sus fuerzas; y al contrario, sin buen gobierno se empobrecen, se debilitan y anonadan las más fuertes y opulentas. Los godos no eran ya aquellos fuertes y valientes setentrionales, cuyo encuentro procuraba evitar Alejandro; temía Pirro; y que infundían terror a Julio Cesar. Fuese por los vicios de su nuevo gobierno; por la larga paz y falta de enemigos estertores; lejos de apetecer la guerra, como antiguamente, para acreditar su valor, y enriquecerse con los despojos de sus enemigos; no trataban más que de holgar y de intrigar en la corte, para medrar en sus bienes y en honores por medios viles. En tal estado no era muy difícil a los califas, cuyo inmenso poder acababa de destruir los dos grandes imperios de Roma, y Persia, y de ocupar la mayor parte del Asia, y África, derrotar completamente un ejército afeminado, lleno de traidores, cuál era el de Rodrigo; y subyugar rápidamente a la mayor parte de los desgraciados españoles”. SEMPERE Y GUARINOS, J.: *Historia del Derecho español. Tomo I*. Imprenta nacional. Madrid, 1822. Pág., 182. “El desembarco de las tropas musulmanas en Gibraltar el año 711 puso fin a las luchas dinásticas desencadenadas entre los descendientes de Chindasvinto y de Wamba y, con ellas, al Reino visigodo de Toledo... Desde ahora, la rápida progresión de los musulmanes por el interior y la aparición de algunos reducidos núcleos de resistencia abrirán un nuevo y amplio período histórico, de ocho siglos de duración, a lo largo de los cuales resulta posible distinguir dos bloques territoriales de fronteras siempre bien definidas, aunque de trazado inestable y dinámico: la España musulmana o Al-Andalus, y la España cristiana. GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)*. Ed. Agisa, 8ª edición. Madrid, 1994. Pág., 139.

⁷⁸ COMAS DE MONTÁÑEZ, M.: *Historia de España y de su civilización. Primera parte. Tiempos antiguos y medios...* Op. cit., Págs., 70-75; PÉREZ BUSTAMANTE, C.: *Compendio de Historia de España*. Ed. Atlas, 11ª edición. Madrid, 1967. Págs., 113-126; VOZ ESPAÑA en *Diccionario Enciclopédico Abreviado*. Tomo III. Ed. Espasa-Calpe, S.A., 7ª edición. Madrid, 1957. Pág., 973-974. GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)*... Op. cit., Págs., 139-144; GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho*. Ed. Agesa, 9ª edición. Madrid, 1982. Págs. 61-64.

⁷⁹ “Las tierras, adquiridas por derecho de la guerra, o por otros títulos civiles, eran de varias clases según su naturaleza, los dueños a quienes pertenecían, y colonos que los cultivaban”. SEMPERE Y GUARINOS, J.: *Historia de los vínculos y mayorazgos*. Imprenta de Sancha, Madrid, 1805. Pág., 59. “Las cuatro clases de señorío que en esta época se conocían en Castilla, a saber: realengo, abadengo, behetría y solariego. En el realengo, sólo el rey era el señor; en el abadengo, lo era de parte del señorío y jurisdicción, el monasterio,

En principio puede afirmarse que durante todo este tiempo, la primera causa de la propiedad era la conquista, y el rey se consideraba como señor de gran parte de lo conquistado. A él pertenecen los terrenos producto de la confiscación a los musulmanes, así como los que eran confiscados por delitos y multas; le correspondía igualmente la *mañería* o derecho de la corona a heredar los bienes de los villanos muertos sin hijos en los territorios que no eran de señorío particular, y también las tierras despobladas por causa de la guerra, que eran en gran número. Pero el rey distribuía estos bienes en cuantiosas mercedes, donaciones y préstamos a la nobleza, al clero y a los pueblos⁸⁰.

El *Liber Iudiciorum* (Fuero Juzgo) continuó rigiendo por mucho tiempo en toda la Península⁸¹. Restablecido en todo su vigor por Alfonso II *el Casto*, si bien no habría

prelado o iglesia a que se había otorgado; las behetrías eran de mar a mar, o de linaje; en las primeras podían los pueblos nombrar por señor al que quisieran, y en las segundas debían elegirle de familia determinada; por último, el solariego era el que tenían los señores sobre los que habitaban sus solares y labraban sus tierras, pagando la infurción. Infurción era el tributo o censo que se pagaba por fumo o casa al señor del lugar en los de solariego, y a veces también en los de behetría”. GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Elementos de Derecho civil y penal de España. Tomo I...* Op. cit., Pág., 91. “En los Realengos, cuyo Señor inmediato era el Rey”. DE LOS RÍOS Y RÍOS, A.: *Noticia histórica de las behetrías, primitivas liberalidades castellanas, con una digresión sobre su posterior y también anticuada forma de fueros vascongados*. Imprenta y Fundición de la viuda e hijos de J. A. García. Madrid, 1876. Pág., 23. “Muchos pueblos... porque eran solariegos; es decir, porque el suelo [del pueblo] no era del Rey, ni de ellos, sino de un Señor exento de tributos”. DE LOS RÍOS Y RÍOS, A.: *Noticia histórica de las behetrías, primitivas liberalidades castellanas, con una digresión sobre su posterior y también anticuada forma de fueros vascongados...* Op. cit., Pág., 24. “Behetrías... eran ciertos pueblos de Castilla, cuyos habitantes gozaban la facultad de elegir y variar libremente su Señor, según que les hiciese bien o agravio. Este derecho era personal, y aun inherente a cada solar o casa. «Hereditamiento quito de aquel que vive en él é puede rescibir Señor a quien quisiere, que mejor le faga,» dice la ley III, tít. XXV, Partida IV. Lejos de hallar confusión, como otros, en esta definición de la behetría por D. Alfonso X, nos parece hasta lógica; porque el exento (quito) solo puede sujetarse a otro voluntariamente. También la hallamos idéntica, en sustancia, a la del Canon 13 del Concilio de León de 1020, si bien vemos que cuando se consignó en las Partidas ya no se entendía comúnmente por behetría sino los pueblos cuyos habitantes podían usar del derecho de elegir y variar Señor en cada solar o hereditamiento compuesto de casa y fincas, con arreglo a la ley del Ordenamiento de Nájera de 1138, trasladada después en la XIII, tít. XXXII del Ordenamiento de Alcalá. Pero como la misma ley previene que los solares no se pudieran quitar a la familia que los tuviese, el significado es igual y menos sujeto a error, porque el solar era invariable y los poseedores se sucedían, pudiendo alguno gozar privilegios exclusivamente personales, que espirasen con su muerte. Todavía en el Libro Becerro, posterior un siglo a las Partidas, se hallan pueblos, aunque pocos, donde se expresa claramente que cada habitante podía tomar diferente Señor, y algunos donde constan diferentes Señores”. DE LOS RÍOS Y RÍOS, A.: *Noticia histórica de las behetrías, primitivas liberalidades castellanas, con una digresión sobre su posterior y también anticuada forma de fueros vascongados...* Op. cit., Págs., 10-11.

⁸⁰ Voz PROPIEDAD en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XLVII. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1986. Pág., 951.

⁸¹ “Al mismo tiempo, el *Liber iudiciorum* (llamado también *Liber iudicum*) sigue aplicándose en la Península, incluso en los territorios sometidos a los musulmanes, en la forma *Vulgata*”. SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* Op. cit., Pág., 52. “Bajo el dominio político musulmán permaneció una considerable masa de población de origen visigodo a la cual se conoce con el nombre de muzárabes cuando conservaron su Religión y Derecho. La fuente de éste por ellos utilizada

dejado de aplicarse en la práctica, recibió numerosas confirmaciones posteriores, pudiendo afirmarse que se aplicó como general en los primeros siglos de la Reconquista hasta que su autoridad fue siendo cercenada por los Fueros municipales que se iban concediendo a muchas localidades. Aun así su legislación no sólo se aplicaría en todas aquellas cuestiones no resueltas por los fueros, sino también como legislación municipal en varios puntos; pues Alfonso VI le otorgó en tal sentido a Toledo (1101) y Fernando III lo dio a la ciudad de Córdoba (1241), ordenando previamente su versión al romance, pues hasta entonces estuvo redactado únicamente en latín⁸².

Los Fueros municipales constituyen la legislación especial de los municipios en la época de la Reconquista, siendo cuadernos de leyes o cartas expedidas por los monarcas o por los señores, en virtud de privilegio dimanado de la soberanía, comprensivas de disposiciones políticas, administrativas, civiles, penales y procesales⁸³.

para sus propios asuntos fue el *Liber iudiciorum*,... y cuya forma vulgata se fue desarrollando en esta época”. PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Curso de Historia del Derecho español. Introducción, fuentes y materiales institucionales...* Op. cit., Pág., 488. “Como los invasores eran pocos, no pudieron menos de mostrarse tolerantes al principio con la población cristiana, gran parte de la cual quedó sometida al amparo de pactos y capitulaciones... La condición de los sometidos empeoró después, porque los pactos se quebrantaron más de una vez, se restringió la tolerancia religiosa, se aumentaron los tributos y se cometieron exacciones arbitrarias”. MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español...* Op. cit., Pág., 243. “Sigue aplicándose más en León que en Castilla, el *Liber iudiciorum*, con arreglo al cual se fallaban en la ciudad de León, todavía en el siglo XIII, las apelaciones procedentes de los reinos de León y Galicia”. AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media...* Op. cit., Pág., 877. “*Liber iudiciorum*, sobre cuyas líneas maestras debió descansar el Derecho cristiano de la alta Edad Media, aunque en algunos de sus puntos concretos resultaran matizados y aun sustituidos por específicas manifestaciones prerromanas o procedentes de algunos de los ordenamientos genéricamente calificados de germánicos. En estos territorios, el *Liber iudiciorum* estaría vivo en la conciencia jurídica medieval”. GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Pág., 183; “Los mozárabes se rigieron por el *Liber iudiciorum*, como venían haciendo bajo el dominio musulmán”. GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho...* Op. cit., Pág. 74.

⁸² “El *Liber Iudiciorum* adquirió el nombre de Fuero Juzgo a principios del S. XIII, cuando San Fernando el 4 de abril de 1241, dio como fuero particular a la ciudad de Córdoba, después de su conquista a los moros, el *Liber Iudiciorum*; y a este fin mandó que se tradujera del original latino, para conocimiento común y perpetua observancia”. PACHECO, J.F., Y DE LA PUENTE APEZECHEA, F.: *De la Monarquía Wisigoda y de su código, el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo*. Imprenta de Julián Peña. Antonio de San Martín, editor; 2ª edición. Madrid, 1872. Pág. XLI.

⁸³ “Tomada la expresión Fueros municipales en sentido amplio, puede comprender todos los documentos dados para regular, aunque fuese incompletamente, la vida colectiva de las distintas localidades, pero si se toma en un sentido estricto, hay que distinguir los Fueros municipales de las *cartas pueblas* o cartas de población, pues en los primeros se trata de dar leyes a una población ya formada, mientras que las cartas pueblas, que son las primeras que aparecen, tienen como fin principal la población del territorio, y para atraer pobladores se ofrece a los que allí se establezcan determinadas ventajas, como son exenciones de tributos, tierras, casas y aprovechamientos en montes y prados. Según Galo Sánchez, la carta de población puede reducirse en último término a un contrato agrario colectivo en el que el señor del territorio o del

Su razón de ser se encuentra en la conveniencia de atraer nuevos pobladores a los territorios reconquistados, de premiar a los pueblos que, estando en la frontera, se oponían a las invasiones del enemigo, y de dotar de un Derecho y de un Gobierno propios a las localidades que, por los azares de la guerra y la falta de comunicaciones, estaban distantes y aisladas del poder central.

Aunque iniciado en el siglo VIII, aparece el sistema de Fueros municipales al comenzar el siglo XI, alcanza su mayor apogeo en los siglos XII y XIII, decae su número al final de este siglo; y se aplica muy poco y desaparece en el XIV⁸⁴.

1.5.1.- FUEROS MUNICIPALES

Sostiene MARTÍNEZ MARINA que el amojonamiento de las heredades de los concejos así como de los términos comunes eran medios oportunos para evitar usurpaciones, pleitos y contiendas; de ahí, el cuidado y vigilancia de las villas y pueblos en amojonar, y las precauciones de las leyes en conservarlos⁸⁵.

En caso de suscitarse pleitos o contiendas, los mojones permitían a los jueces y alcaldes concluirlos brevísimamente con su simple inspección y reconocimiento⁸⁶.

lugar fija las condiciones o normas que han de ajustarse a las personas que allí se establezcan”. MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español... Op. cit.*, Págs., 82-83.

⁸⁴ VOZ ESPAÑA en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XXI. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1987. Págs., 795-799. La legislación en esta época de la Reconquista tiene dos aspectos: una tendencia *diversificadora* impuesta por los municipios y las distintas clases sociales, que imprime gran variedad regional y aun local a las leyes; y otra *unificadora*, que intentan establecer los monarcas. A la primera tendencia corresponden las cartas pueblas o de población, y los fueros locales. A la segunda corresponden las leyes dictadas en curia plena en León (1017-1020), durante el reinado de Alfonso V; las traducciones del *Liber Iudiciorum* al romance (*Fuero Juzgo*) en tiempos de Fernando III y de Alfonso el Sabio; y sobre todo, la obra legislativa de este monarca, ora inspirada en el Derecho romano y Canónico (*Las Siete Partidas*, y *el Espéculo*), ora en la tradición jurídica española como ocurrió con el *Fuero Real*; el *Ordenamiento de Alcalá*, promulgado por Alfonso XI, que da un gigantesco paso en la labor de unificación del derecho y es el primer cuerpo legal que se observó como ley general desde su promulgación, y que señaló el orden de prelación de las leyes. PÉREZ BUSTAMANTE, C.: *Compendio de Historia de España... Op. cit.*, Pág., 196.

⁸⁵ MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio. Tomo I*. Imprenta de D. E. Aguado, 2ª edición corregida y aumentada por su autor. Madrid, 1834. Pág., 195.

⁸⁶ Así el Fuero de Sepúlveda, Tít., CIX: “Otro sí mando que si los concejos de las aldeas barajaren sobre los términos, el juez o los alcaldes vayan a ver los mojones que fueron hi puestos: et el concejo que vieren que entró en el término del otro, peche diez maravedís et pierda el fructo con la obra et déxele el

Por ello los hitos, lindes y mojones siempre se consideraron como cosas sagradas, a las cuales no era lícito llegar⁸⁷, y a las que Alonso X *el Sabio* las comprendió en el *Espéculo* entre las que no se pueden perder por tiempo⁸⁸.

Igualmente afirma MARTÍNEZ MARINA que para evitar agravios, usurpaciones, pleitos y litigios, precaver que se inquietase al propietario, o se le turbase en la pacífica

término". DE LA REGUERA VALDELOMAR, J.: *Extracto de las Leyes del Fuero Viejo de Castilla. Con el primitivo Fuero de León, Asturias, y Galicia. Se añaden el antiguo Fuero de Sepúlveda; y los concedidos por S. Fernando a Córdoba y Sevilla. Formado para facilitar su lectura y la instrucción de sus disposiciones*. Imprenta de la viuda e hijo de Marín. Madrid, 1798. Pág., 222.

⁸⁷ Reminiscencias del Derecho romano primitivo en el cual los hitos eran sagrados, al representar la imagen del dios Término (o *Terminus*), y por lo tanto inviolables. *Terminus* era la piedra o mojón que marcaba el límite de un campo. La tradición religiosa atribuía, en Roma, a Tito Tacio (quien compartió el poder con Rómulo) y Numa Pompilio (segundo rey de Roma que sucedió a Rómulo) la institución, que regulaba el reparto de las tierras y lo garantizaba de toda violación y rapiña; por lo que son los inventores del *terminus*. Estos *termini* o *termina*, en virtud de una consagración piadosa estaban bajo la protección de Júpiter, que era por excelencia el dios de la buena fe (*Fides*, *Sumo Sancus*) y el guardián de los pactos y convenios jurados. Debido a que el rayo del dios castigaba a los perjurios, Júpiter es invocado también como dios de los juramentos. *Dius Fidius*, el dios de la fidelidad, fue caracterizado como genio de Júpiter; y el santuario de *Fides*, considerada como diosa de la fidelidad, estaba emplazado, cerca del templo del Capitolio, donde se guardaba la piedra sagrada de la frontera, símbolo de *Terminus*, lo que permite reconocer en Júpiter al protector de las fronteras y de las propiedades. El hecho de haber adjudicado a Júpiter, el dios más poderoso y el que se antepone a todos los otros, el patronato y protección de los *termini* es una prueba de la importancia que en la antigua Roma dieron a esta institución. Con posterioridad surgió una leyenda que hizo de *Terminus* un dios distinto de Júpiter, el cual con anterioridad al santuario capitolino y en unión de *Juventas*, rehusó ceder el sitio a Júpiter, porque él con su esposa encarnaban la inmutabilidad y la eterna juventud de la capital del Imperio. Voz *TERMINUS* en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo LX. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1984. Pág., 1266; STEUDING H.: *Mitología Griega y Romana*. (Traducción de J. Camón Aznar). Ed. Labor, S.A., 7ª edición. Barcelona, 1961. Págs., 208-210.

⁸⁸ Así, la Ley XIV, Tít., V, Lib., V.- "Como otras cosas y a sin las que son dichas en la ley ante desta, que se non pueden perder por tienpo, nin ganarlas aquellos que las tienen. Sin aquellas cosas que dixiemos en la ley ante desta, otras y a que non avernos dichas que queremos mostrar, que se non pueden por tienpo perder, e son estas: así como moneda, o marzadga, o martiniega, o pechos, o rendas de qual manera quier que sean, o otras cosas que senaladamente pertenescen al señorío del rey. Mas quando quier que el rey o otro alguno por el rey demandare alguna de las cosas sobredichas a qui quier que la tenga, que la pueda cobrar. E otrosi dezimos que las cosas de santa egleſia que son sagradas, así como cálices, o vestimentas, o cruces, o alguno de los otros ornamentos que se non pueden por tienpo perder. Mas ó quier que sean fallados, devenios tornar a los santos logares onde fueron, nin se pueden los omes escusar por tienpo que non den diezmo de sus cosas a santa egleſia, nin aunque dixiesen que nunca lo dieron. Otro tal dezimos que las carreras del rey que son comunales, porque van los omes de unos logares a otros, que non las puede ninguno meter a sus heredades, nin se pierden por tienpo, nin los moiones, nin las lindes que departen los términos entre las villas o los otros logares, o do parten las heredades entre los omes, non se pueden perder por tienpo, maguer sean desfechos o camiadados. Eso mismo dezimos que los exidos, nin las rendas que pertenescen senaladamente a algunt conceio o pueblo, non se pierden por tienpo, nin las puede ninguno de aquel conceio nin de aquel pueblo ganar otrosi por tienpo". Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo sexto... Op. cit., Págs., 146-147. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*. Tomo I... Op. cit., Pág., 195.

posesión de sus bienes, los fueros ordenaron que las donaciones, compras y ventas de heredamientos y otros haberes se hiciesen públicamente en días señalados, y ante testigos, en cuya presencia y al tiempo mismo del otorgamiento del contrato se debía ejecutar el apeo y amojonamiento de la heredad o posesión, para que jamás se pudiese dudar de sus límites y extensión⁸⁹. De ahí la costumbre general de autorizar las escrituras con gran número de testigos, y de celebrar estos contratos con tanta solemnidad; y las leyes rigurosas contra los que se atreviesen a mudar, alterar o quitar los hitos y mojones de las heredades, costumbres y leyes derivadas de los godos⁹⁰.

1.5.2.- FUERO DE LEÓN

Se da el nombre de Fuero de León al conjunto de preceptos decretados por el Rey Alfonso V (999-1028) en una asamblea política o “*Concilium*” reunida en la urbe regia leonesa en el año 1020. Contiene disposiciones eclesiásticas, leyes generales y

⁸⁹ “No pudo tener otro objeto la ley LXXII del Fuero de Burgos cuando dijo: *“Esto es fuero, que ninguna heredit non se debe vender de noche nin de dia a puertas cerradas”*, que se copió y extendió en el Fuero Viejo, ley II, tit. I, lib. IV”. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio. Tomo I... Op. cit.*, Pág., 231. Así, el Tít., CVIII del Fuero de Sepúlveda: *“Mando, que qui heredit suya vendiere toda, en la villa o en la aldea, meta al comprador en la una en voz de toda: é tal metimiento sea firme, si fuere fecho con testigos. Et si una vendiere et tobiere una o mas para sí, meta al comprador en aquella tierra desmojonándola a derredor e apeando delante testigos; e tal metimiento que sea firme”*. DE LA REGUERA VALDELOMAR, J.: *Extracto de las Leyes del Fuero Viejo de Castilla. Con el primitivo Fuero de León, Asturias, y Galicia. Se añaden el antiguo Fuero de Sepúlveda; y los concedidos por S. Fernando a Córdoba y Sevilla. Formado para facilitar su lectura y la instrucción de sus disposiciones... Op. cit.*, Pág., 222. “Y el fuero de Alcalá: *“Tot home que comprare heredit in Alcalá, é carta ficiere, dia de domingo la robe en la collación exida de la misa, e prestel: é si non fuese roburada dia de domingo non preste”*. (Copiado casi a la letra en el fuero de Molina: *“Qui vendiere heredit, robrela en la colación del comprador el dia de domingo despues de la misa, é otramiente non vala”*)”. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio. Tomo I... Op. cit.*, Pág., 232.

⁹⁰ Vid., MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio. Tomo I... Op. cit.*, Págs., 231-232. “Los fueros de Alarcón, Alcázar, Consuegra, Baeza y Plasencia expresaron estas formalidades, copiando las leyes XII y XIII, cap. VII del de Cuenca, en que se establece *“que todo aquel que heredit vendiere, después que del haber fuere pagado, robrela quando al comprador plogniere en su collacion el dia de sábado a vísperas, ó el domingo á vísperas. Si el vendedor robrar non la quisiere después del amonestamiento, quantos dias de domingo pasasen, tantos cinco maravedís peche al comprador fasta que la robe. Después que roburada fuese, el comprador de la raíz faga dende carta, et escriba en ella cinco vecinos o mas, fijos de vecinos de aquella misma collacion. Et quando menester fuere, firme con cinco vecinos de aquellos que escriptos fueren, que año ha et dia pasado que la tiene roburada, et venza, et la collación sea creida. Et si por ventura las firmas de la carta fueren inciertas, jure el comprador con dos vecinos que aquellas firmas presentes eran videntes et oyentes de aqueste robramiento, et la carta ser verdadera”*”. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio. Tomo I... Op. cit.*, Pág., 232.

reglas para la municipalidad. Consta de cuarenta y ocho cánones, de los cuales, los veinte primeros proceden de los preceptos decretados por el mismo Alfonso V en otra asamblea política anterior, reunida también en León en el año 1017⁹¹.

En el derecho del Reino astur-leonés rigió el principio de la inviolabilidad de la casa o domicilio particular por la Ley XLII del Fuero de León; si bien, esa “paz de la casa” era aplicable también al huerto de un particular al prohibir la Ley XXXIX al merino o al sayón, tanto entrar en el huerto de alguien contra la voluntad de su dueño (*inuito domini horti*), como sacar nada de ese huerto (*inde aliquid abstrahat*), a no ser que fuese de un siervo del rey (*nisi fuerit seruus regis*)⁹². La Ley nos revela, pues, que los siervos del rey podían poseer el derecho de disfrute de huertos en la ciudad, pero su condición servil hacía que no estuvieran protegidos como los huertos de los de las personas jurídica y socialmente libres⁹³.

A diferencia de lo que sucede en otras leyes, ni la ley XXXIX, ni la XLII prescriben la pena con la que se castigaría al infractor de la “paz de la casa”⁹⁴. Si bien el Fuero de León termina con una imprecación y anatema en los que se invoca la cólera

⁹¹ Vid., GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Elementos de Derecho civil y penal de España. Tomo I...* Op. cit., Págs., 76-78; VV.AA.: *El Fuero de León. Comentarios.* (Reproducción facsímil). DE VALDEAVELLANO, L.G. (DIR.), Y PÉREZ-BUSTAMANTE, R. (COORD.). Ed. S.A. Hullera Vasco-Leonesa. [s.l.], 1984. Págs., 9-16; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Historia del Derecho Español...* Op. cit., Págs., 765-766; ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas...* Op. cit., Págs., 425-427; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* Op. cit., Págs., 71-72; MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español...* Op. cit., Pág., 88; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 170-172; GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho.* Ed. Agesa, 9ª edición. Madrid, 1982. Pág. 376.

⁹² Así el Fuero de León, Ley XLII.- “*Et mandamus ut maiorinus uel sagio, aut dominus soli, uel aliquis senior, non intrent in domum alicuius hominis Legione commorantis pro ulla calumpnia, nec portas auferat a domo illius*”. (Y mandamos que el merino o el sayón, o el dueño del suelo, o cualquier otro señor, no entren en la casa de algún hombre morador en León por ninguna caloña, ni quiten las puertas de la casa de él). VV.AA.: *El Fuero de León. Comentarios...* Op. cit., Pág., 119. Y la Ley XXXIX.- “*Ad hortum alicuius hominis non uadat maiorinus uel sagio inuito domino horti ut inde aliquid abstrahat, nisi fuerit seruus regis*”. (El merino o el sayón no vaya al huerto de algún hombre contra la voluntad del dueño del huerto y saque algo de allí, a no ser que fuese siervo del rey). VV.AA.: *El Fuero de León. Comentarios...* Op. cit., Pág., 113.

⁹³ Vid., VV.AA.: *El Fuero de León. Comentarios...* Op. cit., Pág., 113.

⁹⁴ “Aquella pena fue siempre de singular severidad y que su cuantía dependió frecuentemente de las circunstancias en que se hubiera efectuado la violación de la paz de la casa”. VV.AA.: *El Fuero de León. Comentarios...* Op. cit., Pág., 120.

divina contra los infractores de lo dispuesto en el documento, además de castigos corporales⁹⁵.

1.5.3.- FUERO REAL O FUERO DE LAS LEYES

Recoge la tradición jurídica española, a diferencia de la Partidas, que son en su mayor parte reflejo del Derecho romano y del canónico⁹⁶. Lo promulgó Alfonso X, *el Sabio*, en 1255 para remediar la falta de fueros en que vivía la mayor parte del reino, que necesitaban regirse por *fazañas*, albedríos y costumbres⁹⁷. Él y sus sucesores lo dieron como fuero municipal a diversas ciudades, algunas de las cuales tenían ya otro, lo cual parece ser prueba del propósito de sustituir los fueros municipales por un derecho territorial uniforme. Por su contenido y estructura tiene carácter de código general. Se divide en cuatro libros que tratan sucesivamente de materias religiosas y políticas, procedimiento, derecho civil y derecho penal⁹⁸.

⁹⁵ Vid., VV.AA.: *El Fuero de León. Comentarios... Op. cit.*, Pág., 133. “*Quisquis ex nostra progenie uel extranea hanc nostram constitutionem sciens frangere temptauerit fracta manu, pede et ceruice, euulsis oculis, fisis intentinis, percussus lepra, una cum gladio anathematis, in eterna dampnatione cum diabolo et angelis eius laut penas*”. (Quienquiera de nuestra progenie, o de extraña, que esta nuestra constitución conscientemente intentase quebrantar, que, rotas las manos, los pies y la cerviz, arrancados los ojos, esparcidas las entrañas, abatido por lepra, justamente anatematizado por la espada, en eterna condenación, con el diablo y sus ángeles, sufra las penas).

⁹⁶ “Desde la invasión de los árabes, el poder central tuvo que ocuparse principalmente en luchar por la existencia; así es que las costumbres germánicas no sólo no desaparecen, sino que resultan favorecidas por el género de vida de los cristianos independientes, floreciendo de nuevo con tal vitalidad que pueden oponerse a los esfuerzos centralizadores y romanistas, que les disputan el campo desde principios del siglo XIII. Ellas [las costumbres germánicas] fueron la base del derecho consuetudinario aplicado en los diplomas y consignado en los fueros locales y territoriales de todos los Estados peninsulares hasta el siglo XIV”. AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media... Op. cit.*, Págs., 878-879.

⁹⁷ “*Onde conviene al Rey, que ha de tener sus Pueblos en paz, y en justicia, e a derecho, que faga leyes porque los Pueblos sepan cómo han a vivir. E las desobediencias, y los Pleytos que nacieren entrellos, sean departidos: de manera, que los que mal ficieren resciban pena, y los buenos vivan seguramente. Por ende nos D. Alfonso, por la gracia de Dios Rey de Castilla, de Toledo, de León, de Galicia, de Sevilla, de Cordova, de Murcia, de Jaén, de Badajoz, de Baeza, y del Algarbe. Entendiendo que la mayor partida de nuestros Reynos no huvieron Fuero fasta el nuestro tiempo, y juzgabase por fazañas, e por alvedrios de partidos de los homes, e por usos desaguisados sin derecho, de que nascien muchos males, e muchos daños a los Pueblos, y a los homes; y ellos pidiéndonos merced, que les emendasemos los usos que fallásemos que eran sin derecho, e que les diésemos Fuero, porque viviesen derechamente de aqui adelante. Hovimos consejo con nuestra Corte, e con los sabidores del Derecho, e dimosles este Fuero que es escripto en este Libro, porque se juzguen comunalmente todos varones, e mugeres. E mandamos, que este Fuero sea guardado por siempre jamás, é ninguno no sea osado devenir contra él*”, en Prólogo al Fuero Real. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Pág., 353.

⁹⁸ Vid., TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español... Op. cit.*, Págs., 163-164; AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media... Op. cit.*, Pág., 879; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes... Op. cit.*, Págs., 77-

El Libro cuarto del Fuero Real de España consta de veinticinco Títulos. El cuarto “*De las fuerzas, y de los daños*” se haya integrado por veintidós leyes⁹⁹. Relacionadas con el tema que nos ocupa, encontramos la Ley IV “*Que pena ha el que toma cosa por fuerza*”, según la cual el que entra o toma por fuerza cosa que otro tenga en su poder, pierde su derecho si lo tuviera, y si no tuviere derecho a la cosa debe entregar otro tanto; y la Ley VI “*Que pena ha el que arranca los mojones a sabiendas*”, que ordena pagar diez maravedíes, tornar los mojones a su lugar, y entregar con otro tanto de lo suyo al que lo tomó; y si no tuvo intención de arrancarlos, lo que sucedió arando o de otra manera, no ha de sufrir ninguna pena¹⁰⁰.

En el Título VI “*De los que cierran los caminos e egidos, e los ríos*”, de este mismo Libro cuarto, la Ley I sanciona al que cerrare camino o carreras usadas (usurpación de dominio público); la Ley II faculta a deshacer el vallado o cerramiento ilegítimo de los caminos o carreras usadas; la Ley III prohíbe ensanchar las tierras a costa de los caminos que llevan a la ciudad; la Ley IV prohíbe en las tierras abiertas que el ganado descansa más de dos días sin consentimiento del dueño; y la Ley VI pena al que cierra río que da a la mar¹⁰¹.

79; MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español... Op. cit.*, Págs., 88-89; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Historia del Derecho Español... Op. cit.*, Págs., 789-790; ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas... Op. cit.*, Págs., 446-448; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)... Op. cit.*, Págs., 267-269; GARCÍA-GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho*. Ed. Agesa, 9ª edición. Madrid, 1982. Pág. 394.

⁹⁹ En relación a los daños, *vid.*, SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)... Op. cit.*, Págs., 14-15.

¹⁰⁰ Ley IV, Tít., IV, Lib., IV.- “*Si algún home entrare, o tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en juro, o en poder, y en paz, si el forzador algún derecho y habie, piérdalo: e si derecho y no habie, entréguelo con otro tanto de lo suyo, o con la valía a aquel a quien lo forzó: mas si alguno tiene que ha derecho en alguna cosa que otro tuviere en juro de paz, demandegelo por el fuero*”. Ley VI, Tít., IV, Lib., IV.- “*Si alguno arrancare los mojones, o los quebrantare a sabiendas, que son puestos por departimiento de las heredades, peche diez maravedís a aquel a quien fizo el tuerto, e torne los mojones en su lugar, e quanto entrare de lo ageno, entréguelo con otro tanto de lo suyo, o con la valía a aquel a quien lo forzó: e si arando, o por otra ocasión lo ficiere, no peche pena ninguna: mas con testimonio de dos homes buenos, torne los mojones en su lugar*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Págs., 406-407.

¹⁰¹ Ley I, Tít., VI, Lib., IV.- “*Si alguno cerrare camino o carreras usadas, por la osadía peche treinta sueldos al Rey: e quien egidos de la Villa entrare, peche por la osadía sesenta sueldos al Merino, e lo que fizo desfagalo por su misión*”. Ley II, Tít., VI, Lib., IV.- “*Como qualquier puede desfacer la carrera que estuviere cerrada. Quienquier que hallare camino, o carrera usada cerrada, desfaga el valladar, o la cerradura sin caloña ninguna qualquier que sea: e si misión y fizo alguna, pechelo aquel que cerró la*

1.5.4.- LAS PARTIDAS

Las Siete Partidas constituyen el código más importante del Rey Alfonso X, *el Sabio*, y de la historia del Derecho español, y representan la penetración en Castilla y León del Derecho romano y del canónico. Su ambición temática, solidez científica, desarrollo técnico y pulcritud de prosa, convierten estos siete libros en verdadero modelo de obra jurídica. El trabajo de las mismas comenzó el 23 de junio de 1256 y fue ultimado el 28 de agosto de 1265; siendo la causa preponderante de este Código el estado de la legislación española, fraccionada en diversos cuerpos legales y en una multitud de fueros, que debían producir incertidumbre e inseguridad jurídica, y que hacía preciso el retorno a la unidad legislativa.

La Partida primera trata de las fuentes del Derecho y de materias eclesiásticas; la segunda, de la constitución política y militar del reino; la tercera, de la organización judicial y procedimiento; el Derecho civil es objeto de las Partidas cuarta a sexta; y el penal, de la séptima y última. Aunque reuniendo las primeras letras de cada una de las siete partidas se forma la palabra “*Alfonso*”, GALO SÁNCHEZ rechaza la posibilidad de que el monarca redactase personalmente las partidas, sosteniendo que fueron elaboradas por jurisconsultos bajo su encargo¹⁰².

carrera”. Ley III, Tít., VI, Lib., IV. “*Como los caminos que entran a la Ciudad deben estar abiertos, e muy grandes, como solía haberlos. Los caminos que entran a la Ciudad, e que van a las otras tierras, finquen bien abiertos, e tan grandes como suelen estar: e los herederos de la una parte, e de la otra no sean osados de los ensangostar: mas si quisieren facer cerraduras a sus tierras, o a sus heredades, faganlas en lo suyo: e si alguno contra esto ficiere, peche por la osadía treinta sueldos al Rey, e desfagalo*”. Ley IV, Tít., VI, Lib., IV.- “*Como los viandantes pueden apacentar sus bestias. Los viandantes puedan meter sus bestias, e los otros ganados a pacer en los lugares que no son cerrados, ni defendidos, y puedan y descargar, y folgar por un día, o por dos al mas, si el dueño del lugar gelo otorgare: e guárdense de desraygar, ni de cortar árboles que lleven fruto, o otros árboles grandes que sean para labores, que no sean de cortar*”. Ley VI, Tít., VI, Lib., IV.- “*Qué pena ha el que cierra Río que entra en la Mar. Ningún home no sea osado de cerrar los Ríos mayores que entran en la Mar, porque salen los Salmones, e los Sollos, e los otros pescados del Mar, e por donde andan las Naves con las mercaderías de las unas tierras a las otras: mas si alguno fuere heredero en ribera de tal Río, e quisiere facer pesquera, o Molinos, fágalos en tal guisa que no tuelga la pasada a las Naves, ni a los Pescadores: e quien contra esto fuere, desfaga quanto y ficiere con su misión, e por la osadía peche treinta sueldos al Rey*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit.*, Págs., 410-411.

¹⁰² “Rechazada la posibilidad de que el monarca redactase personalmente las Partidas, se han buscado los nombres de los jurisconsultos que lo hicieron por encargo suyo. Los eruditos han propuesto los nombres de juristas contemporáneos del Rey Sabio, ya españoles, como Roldán o Fernando Martínez de Zamora, ya extranjeros, o los de las personas que el Código menciona de modo incidental. De los diversos personajes propuestos, sólo hay uno cuya intervención es segura en la tercera Partida: el maestro Jacobo, italiano... En todo caso, habrá que suponer redactado el Código por una comisión de juristas, dirigidos

A pesar de la publicación de las Partidas siguieron en observancia el Fuero Juzgo, el Fuero Real y los municipales. No se sabe con plena certeza que tuvieran fuerza legal hasta que se la dio el Ordenamiento de Alcalá (año 1348)¹⁰³.

La Ley I “*Como deue el Rey ser guardado en sus cosas, quier sean muebles, o rayzes: e por que las llaman assi*”, del Título XVII “*Qual deue el pueblo ser en guarda del rey, en sus cosas muebles, e rayzes, que pertenescen a el para su mantenimiento*”, de la segunda Partida “*Que fabla de los emperadores, e de los reyes, e de los otros grandes señores de la tierra, que la han de mantener en justicia, e verdad*”, sanciona al que toma por fuerza, hurta o encubre bienes muebles o inmuebles (usurpación) pertenecientes al Rey o al reino, castigando según la naturaleza de los bienes (muebles o raíces), la cualidad del autor (“*los omes mas honrados*” o, si “*fuere otro ome*”), y distinguiendo si tuviere o no con que “*pechar*”¹⁰⁴.

por el monarca”. SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* Op. cit., Pág., 81.

¹⁰³ Según la Ley I, del Tít. 28, del Ordenamiento de Alcalá: “*fasta aqui non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron habidas por Leyes*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 465. Cfr., TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español...* Op. cit., Págs., 237-242; AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media...* Op. cit., Pág., 880; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* Op. cit., Págs., 80-82; MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español...* Op. cit., Págs., 89-92; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Historia del Derecho Español...* Op. cit., Págs., 834-856; ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas...* Op. cit., Págs., 450-454; VOZ PARTIDA en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XLII. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985. Págs., 391-401; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)*... Op. cit., Págs., 275-277; GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho...* Op. cit., Págs. 398-399.

¹⁰⁴ Ley I, Tít., XVII, Partida 2.- “*Cumplidamente non puede ser guardado el Rey, si todas sus cosas non fuesen guardadas, por honrra del. Onde, sin todas aquellas que auemos dicho, avn y ha otras, que queremos agora dezir, en que le deue el Pueblo guardar. E estas son aquellas, que son llamadas muebles, e rayzes. E las muebles se entienden por aquellas, que biuen, e se mueuen por si naturalmente. E otrosi por las otras, que maguer non son biuas, e se non pueden por si mouer, pero mueuenlas. E las rayzes son las heredades, e las labores, que se non pueden mouer en ninguna destas maneras, que dichas auemos. E destas heredades que son rayzes, las vnas son rayzes quitamente del Rey, assi como cilleros, o bodegas, o otras tierras de labores, de qual manera quier que sean, que ouiesse heredado, o comprado o ganado apartadamente para si. E otras y ha que pertenescen al Reyno, assi como Villas, e Castillos, o los otros honores, que por tierra los Reyes dan a los Ricos omes. Onde en todas estas cosas deue el Pueblo guardar al Rey, de manera que ninguno non sea osado de tomar por fuerça, nin de furtar, nin de encobrir ninguna dellas. Ca si en todo ome es deshonrra furtarle lo suyo, o forcargelo; quanto mas quien lo faze a su Rey, que es su Señor. E demás es cosa muy desaguisada, en fazer los del Reyno al Rey, aquello de que ellos quieren ser guardados por el. E avn sin todo esto, el daño que le fiziessen, non seria solamente suyo, mas de todos aquellos a que el Rey es tenuto de fazer bien. Ca pues el ha mucho de complir, e de dar en muchas maneras, menester ha otrosi, que aya de muchas partes de que lo pueda fazer, porque lo*

En la Partida séptima “*Que fabla de todas las acusaciones, e maleficios que los omes facen; e que pena merescen auer por ende*”, se contempla una modalidad usurpatoria en la Ley VIII del Título VII, que versa “*De las falsedades*”¹⁰⁵.

Otras dos variedades de usurpación aparecen reguladas también en la Partida séptima. La primera en el Título X, que lleva por rúbrica “*De las fuerças*”. Tras definir la fuerza como cosa que es hecha a otro torticeramente (contra derecho o razón, contra justicia), de que no se puede amparar el que la recibe, y establecer que son dos maneras de fuerza, con armas o, sin ellas; la Ley X sanciona al que entra, o toma por fuerza,

pueda fazer; e que le ayuden los omes a el, e non le estoruen. Onde por todas estas razones, qualquier que a sabiendas tomasse por fuerça, o furtasse las cosas muebles del Rey, segund Fuero antiguo de España, faria aleue conocida: e si fuesse orne honrrado, e le tomassen en el fecho, deue morir porende; e si non, ha de pechar diez tanto, como aquello que tomo; e si non ouiere de que lo pechar, deue ser echado del Reyno por toda su vida. E si fuere de los otros, deue ser en prisión del Rey, e servirle por ello tanto tiempo, fasta que sea entregado de aquello que le tomo. Pero como quier que diximos, que faria aleue el que furtasse, o robasse el auer del Rey, tanto podría ser el furto, o el robo, e en tal manera, e en tal sazón fecho, que se tornaría en traycion conocida. E porende, el que lo fiziesse deue auer pena por el aluedrio del Rey, segund qual ome fuere, e el robo, o el furto que fiziere, e la manera, e la sazón en que lo ouiere fecho. E esto que diximos, se entiende del mueble. Mas si fuere rayz lo que encobriesse, o enajenasse alguno, tomándolo para si, o para otri sin mandado del Rey, o consentiesse que lo tomasse alguno, podiendolo vedar; si fuesse el que lo fiziesse de los omes mas honrrados, deue perder la honor que touiere del Rey; e demás, hanle de tomar de la su heredad, tanto como aquello que encubrió, o enajeno, o el consintió a otri, que lo tomasse; e si non ouiere de que lo pechar, deuenlo echar del Reyno, por quanto el Rey touiesse por bien. E si fuere otro ome, e ouiere de que lo pechar, hanle otro tanto de tomar de lo suyo, e deue ser metido en prisión fasta tiempo señalado, segund el Rey touiere por bien. E si non ouiere de que lo pechar, deue morir por ello. E como quier que diximos de suso, que los que encubriesen, o enajenassen alguna heredad del Rey, que deuen auer pena, assi como sobredicho es, con todo esso, non deuen entender aquellos que la touieren, que han derecho en ella, nin que les deue fincar por esta razón, nin por tiempo que la ouiesse tenido. Porque las cosas que pertenescen al Rey, o al Reyno, non se pueden enajenar por ninguna destas razones”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo segundo... Op. cit., Pág., 431.

¹⁰⁵ Ley VIII, Tít., VII, Partida 2.- “*De la falsedad que los omes fazen, quando miden, o parten los términos, o las heredades, falsamente. Medidores han menester a las vegadas los omes, para medir las donaciones quedas dan los Reyes, o para partir los montes, e los términos, e las heredades, que han los vnos cerca de los otros, para conocer cada vno su parte. E aun en las compras, e en las vendidas, que fazen los vnos con los otros: e para saber cada vno, quanto es lo que compra, o lo que vende. E qualquier que esto ha de fazer, si non mide bien, e lealmente, dando a sabiendas mas, o menos de su derecho, a alguna de las partes, faze falsedad: e aquel que se sintiere engañado, o perdidoso por la medida, puede demandar aquel que finca la pro, todo quanto lleuo de mas de su derecho por culpa del medidor. E si el que rescibio el daño non puede auer la emienda del, porque sea caydo en pobreza, o en otra razón, estonce el medidor por cuya culpa vino el yerro, es tenuto de lo pechar de lo suyo. E aun dezimos, que demás desto le puede poner pena porende el Judgador del lugar según su aluedrio, qual entendiere que el merece, catando el yerro que fizó, e la cosa en que fue fecho. Otrosí dezimos, que si dos omes se auiniesse, e se acordassen, de poner en fiedad dotro, que fuesse contador entre ellos, alguna cuenta que ouiesse a fazer de consuno, que si el contador fiziesse a sabiendas yerro en la cuenta, que faria falsedad. E si aquel que se fallasse perdidoso por tal cuenta, non pudiesse recibir emienda del otro, de aquello que menoscabare, dezimos, que el contador es tenuto de gelo refazer de lo suyo, por la falsedad que fizó. E aun dezimos demas desto, que le deue poner pena por ello el Judgador, según su aluedrio”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo cuarto... Op. cit., Pág., 318.*

heredamiento, o cosa ajena (ya sea mueble o raíz), estableciendo que si tenía derecho sobre el heredamiento o la cosa lo pierde, y si no lo tenía debe restituir el heredamiento o la cosa con sus frutos y entregar “cuanto valía”¹⁰⁶.

La segunda variedad, pese a que en la propia Partida se establece expresamente que “*non puede ome furtat cosa que non sea mueble*”, se halla regulada en la Ley XXX, del Título XIV “*De los furtis*”; donde tras prohibirse la muda de mojones sin autorización real o del juzgador, se establece la pena de 50 maravedíes de oro que deberán pagarse al rey por cada mojón removido maliciosamente, la pérdida del derecho que se pudiera tener sobre la heredad que se quiso ganar con “*yerro e maldad*”, y en caso de no tener derecho la devolución del terreno usurpado y otro tanto de lo suyo¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ley I, Tít., X, Partida 7.- “*Que cosa es Fuerça, e quantas maneras son della.- Fuerça es cosa que es fecha a otro tortizadamente, de que non se puede amparar el que la recibe. E son dos maneras della. La vna es, que se faze con armas. E la otra, sin ellas. Con armas faze fuerça todo orne, que comete, o fiere a otro con armas de fuste, o de fierro, o con piedras; o lleua consigo omes armados en esta manera, para fazer mal, o daño a alguno, en su persona, o en sus cosas, firiendo, o matando, o robando; e maguer non fiera, nin mate, comete de lo fazer, e non finca por el. E esse mismo yerro faze, el que estando armado, assi como sobredicho es, encierra, o combate a alguno en su Castillo, o en su casa, o en otro lugar; o lo prende, o le faze fazer algún pleyto a su daño, o contra su voluntad. Otrosi tal yerro faze, el que allega omes armados, e quema, o comete de quemar, o de robar, alguna Villa, o Castillo, o otro lugar, o casa, o naue, o otro edificio, en que morassen algunos omes, o tuiessen en guarda algunas mercadurias, o otras cosas, de aquellas que han menester los omes para vso de su vida, o para ganar en razon de mercaduria, o por otra manera. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo cuarto... Op. cit., Pág., 344.*

Ley X, Tít., X, Partida 7.- “*Que pena meresce aquel que el por si mismo, sin mandado del Judgador, entra, o toma por fuerza, heredamiento, o cosa ajena.- Entrando, o tomando alguno por fuerça por si mismo sin mandado del Judgador, cosa ajena, quier sea mueble, quier rayz, dezimos, que si derecho o señorío auia en aquella cosa que assi tomo, que lo deue perder; e si derecho o señorío no auia en aquella cosa, deue pechar aquel que la tomo, o la entro, quanto valia la cosa forçada; e demás deuelo entregar della, con todos los frutos, e esquilmos que dende lleuo. E si por auentura aquella cosa que asi forço, se perdiesse, o se empeorase, o muriesse después, el peligro del empeoramiento, o de la perdida, pertenesce al forzador, en manera, que es tenuto de pechar la estimación della, a aquel a quien la tomo, o la forço; e esta pena ha logar contra todos los omes que tomaren, o furtaren lo ageno, assi como sobredicho es; fueras ende, si el que lo fiziesse fuesse menor de catorze años, o loco, o desmemoriado; o si fuesse padre el que entrasse la heredad de su fijo, o señor que entrasse la heredad del que ouiesse aforrado. Pero qualquier destos sobredichos, maguer non caya en ésta pena, tenuto es de desamparar, o de tornar simplemente, aquello que tomo, o entro, como non deuia, a aquellos cuyo era. E como quier quel menor de catorze años, nin el loco, nin el desmemoriado, non caerían en la pena sobredicha, si aquellos que los tuiessen en guarda, entrassen, en la manera que de suso diximos, o tomassen cosa ajena, en nome de aquellos que tuiessen en guarda, estonce los guardadores caerían en la pena, también como si lo fiziesse de otra guisa por si mismos, pechandolo de lo suyo, e non de los bienes de los huérfanos”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo cuarto... Op. cit., Pág., 350.*

¹⁰⁷ Ley I, Tít., XIV, Partida 7.- “*Que cosa es furto.- Furto es malfetria que fazen los omes que toman alguna cosa mueble ajena encubiertamente sin plazer de su señor, con intención de ganar el señorío o la possession, o el vso della. Ca, si alguno tomasse cosa que non fuesse suya, mas ajena, con plazer de aquel cuya es, o cuidando que plazeria al señor della, non faria furto, porque en tomandola, non ouo voluntad de furtar. Otrosí dezimos que non puede ome furtar cosa que non sea mueble, como quier que los Almogauares entran, e furtan a las vegadas Castillos, o Villas, pero non es propriamente furto”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo cuarto... Op. cit., Pág., 363. Ley XXX, Tít., XIV, Partida 7.- “*Que pena meresce aquel que muda los mojones de alguna heredad a furto.- Mojón es señal**

1.5.5.- ORDENAMIENTO DE ALCALÁ

El Ordenamiento de Alcalá, aprobado por las Cortes reunidas en Alcalá de Henares en 1348, es por sí mismo, un “Libro de Leyes” comunes a León y Castilla. Con él se proponía Alfonso XI, *el Justiciero*, mejorar la administración de justicia. Según DE ASSO Y DE MANUEL su importancia estriba en “haber reducido la Jurisprudencia a aquel estado de igualdad y firmeza que hasta entonces nunca tuvo”¹⁰⁸.

Las Leyes están agrupadas en Títulos, el último de los cuales, el XXXII, procede del Ordenamiento de Nájera, atribuido a Alfonso VII, *el Emperador*.

El Título XXVIII “*Por que leyes se pueden librar los pleitos*” consta de dos Leyes. En la primera de ellas se señala el orden de prelación de las fuentes del Derecho castellano, sancionando en primer lugar la aplicación del propio Ordenamiento de Alcalá; y en su defecto, los fueros municipales en aquellas cosas que habían estado en uso, y en cuanto no fueren contra Dios, la razón y las leyes, (y hecha la salvedad de que el monarca no los mejore o enmiende); y en tercer lugar, las Partidas¹⁰⁹. Con esta Ley se dio autoridad legal a las Partidas que hasta entonces no habían sido promulgadas¹¹⁰.

que departe la una heredad de la otra; e non lo deue ningund ome mudar sin mandamiento del Rey, o del Judgador del logar. E si alguno contra esto fiziesse, que mudasse los mojones maliciosamente, que estuuiesse entre la su heredad, e la de su vezino; como quier que ome non puede dezir propriamente que faze furto, porque lo faze en cosa que es rayz; pero faze yerro, e maldad, que es semejante de furto. E porende, todo ome que esto fiziere, deue pechar al Rey por quantos mojones assi mudare, por cada vno dellos cinquenta maravedis de oro. E demás desto, si ouiere algún derecho en aquella parte de la heredad, que assi cuydo ganar a furto por mudamiento de los mojones, deuelo perder. E si derecho non auia en ella, deue tornar lo que entro en esta manera a su dueño, con otro tanto de lo suyo, quanto es aquello que tomo de lo ageno. E lo que diximos en esta ley del mudamiento de los mojones que son entre las heredades de los omes, ha logar otrosi en el yerro que ome faze en los mojones que departen los términos, entre las Cidades e las Villas, e entre los Castillos, e los otros Logares”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo cuarto... Op. cit., Pág., 384. Parece clara la influencia del Derecho romano en este punto, donde ya expusimos anteriormente al estudiarlo que la imposibilidad de que los inmuebles fueran objeto de *furtum* no era racional, supuesto que estos bienes eran tan susceptibles de ser apropiados indebidamente como los muebles, sin que lo estorbaran dificultades de ninguna clase, ni de orden teórico ni de índole práctica; y que el Derecho civil romano concedía a los inmuebles una protección judicial análoga a la derivada de la acción del hurto.

¹⁰⁸ DE ASSO, Y DE MANUEL.: << Discurso Preliminar >> en *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero*. Imprenta de Julián Peña. Antonio de San Martín, editor; 2ª edición. Madrid, 1872. Pág., 431.

¹⁰⁹ Ley I, Tít., XXVIII.- “*Como todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leys deste Libro; et lo que por ellas non se pudiere librar, que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas. Nuestra entencion, e nuestra voluntat, es que los nuestros*

naturales, e moradores de los nuestros Regnos sean mantenidos en pas, e en justicia: et como para esto sea menester dar Leys ciertas por do se libren los pleytos e las contiendas, que acaescieren entrellos, e maguer que en la nuestra Corte vsan del fuero de las leys, e algunas Villas de nuestro Sennorio lo han por fuero, e otras Cibdades, e Villas han otros fueros departidos, por los quales se pueden librar algunos pleytos, pero porque muchas veces son las contiendas, e los pleytos, que entre los omes acaescen, e se mueven de cada dia, que se non pueden librar por los fueros; por ende queriendo poner remedio conuenible esto establescemos, é mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas, que se vsaron, salvo en aquellas que Nos fallaremos que se deben mejorar, é emendar, e en las que son contra Dios, e contra raçon, e contra Leys, que en este nuestro libro se contienen, por las quales Leys en este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos ceviles, e creminales; e los pleytos, e contiendas que se non pudieren librar por las Leys deste nuestro libro, e por los dichos fueros, mandamos que se libren por las Leys contenidas en los Libros de las siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mandó ordenar, como quier que fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron ávidas las Leys; pero mandámoslas requerir, e concertar, e emendar en algunas cosas que cumplan; et así concertadas, e emendadas porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres, e de los derechos, e dichos de muchos Sabios antiguos, e de fueros, e de costumbres antiguas de Espanna, dármoslas por nuestras Leys; et porque sean ciertas, e non aya raçon de tirar, e emendar, e mudar en ellas cada vno lo que quisiere, mandamos facer dellas dos Libros, vno seellado con nuestro seello de oro, e otro seellado con nuestro seello de plomo para tener en la nuestra Cámara, porque en lo que dubda oviere, que lo concierten con ellos; et tenemos por bien que sean guardadas, e valederas de aquí adelante en los pleytos, e en los Juicios, e en todas las otras cosas, que se en ellas contienen, en aquello que non fueren contrarias á las Leys deste nuestro libro, e a los fueros sobredichos: Et porque los fijosdalgo de nuestro Regno han en algunas comarcas fuero de alvedrio, e otros fueros porque se judgan ellos e sus Vasallos, tenemos por bien; que les sean guardados sus fueros a ellos e á sus Vasallos segunt que lo han de fuero, e les fueron guardados fasta aquí. Et otrosí en fecho de rieptos que sea guardado aquel vso, e aquella costumbre que fue vsada, e guardada en tiempo de los otros Reys, e en el nuestro. Et otrosí tenemos por bien que sea guardado el Ordenamiento, que nos agora fecimos en estas Cortes para los fijosdalgo: el qual mandamos poner en fin deste nuestro Libro. Et porque al Rey pertenesce, e ha poder de facer fueros, e Leys, é de las interpretar, é declarar, é emendar do viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, o en los libros de las Partidas sobredichas, o en este nuestro libro, o en alguna, o en algunas Leys de las que en el se contienen, fuere menester interpretación, o declaración, o emendar, o annadir, o tirar, o mudar, que Nos que lo fagamos: Et si alguna contrariedad paresciere en las Leys sobredichas entre si mesmas, o en los fueros, o en qualquier dellos, o alguna dubda fuere fallada en ellos, o algún fecho porque por ellos non se puede librar, que Nos que seamos requeridos sobrello, porque fagamos interpretación, o declaración, o emienda, do entendiéremos que cumple, e fagamos Ley nueva la que entendiéremos que cumple sobrello, porque la justicia, o el derecho sea guardado. Empero bien queremos, é sofrimos que los libros de los derechos, que los Sabios antiguos ficeron, que se lean en los Estudios generales de nuestro Sennorio, porque ha en ellos mucha sabiduría, é queremos dar logar que nuestros naturales sean sabidores, é sean por ende mas onrrados”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... *Op. cit.*, Págs., 465-466.

¹¹⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español...* *Op. cit.*, Págs., 242-243; AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media...* *Op. cit.*, Pág., 880; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* *Op. cit.*, Págs., 82-83; MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español...* *Op. cit.*, Págs., 93-94; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Curso de Historia del Derecho español. Introducción, fuentes y materiales institucionales...* *Op. cit.*, Págs., 747-749; ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas...* *Op. cit.*, Págs., 455-456; VOZ ORDENAMIENTO en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XL. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985. Págs., 199-202; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)*... *Op. cit.*, Págs., 280-283; GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho...* *Op. cit.*, Págs. 400-401.

La Ley única del Título XXX “*De la guarda de los castiellos, e de las casas fuertes*”, fija la pena que corresponde a los que hurtan (usurpan), toman por fuerza, o derriban casas fuertes o castillos, señalando que mueran por ello, y distinguiendo si se derribó o no. En el primer caso debe pagar el doble de lo que valía a su dueño; y en el segundo, se debe restituir a aquel a quien se tomó o hurtó, perdiendo el autor, en su caso, el derecho que pudiera tener¹¹¹.

1.6.- Movimiento recopilador

Los Reyes Católicos alcanzan la unidad nacional después de siglos de lucha. Con su matrimonio se unen los dos grandes reinos de Aragón y Castilla. Esta unidad política se afianza y completa con el triunfo sobre Portugal (que defendía los derechos sucesorios de Juana *la Beltraneja* frente a Isabel *la Católica*), el establecimiento de la paz interior, la toma de Granada que pone fin a la Reconquista, y la anexión de Navarra. Para ello, centralizaron el poder en sus manos implantando la monarquía absoluta y

¹¹¹ Ley única, Tít., XXX.- “*Como toma el Rey en su guarda, é en su encomienda las Casas fuertes, é Castiellos: et que pena deben aver los que los furtaren, o tomaren, o los derribaren, o los cabtovieren estos atales. Porque los Fijosdalgos, é omes buenos, que eran conusco en estas Cortes Nos pidieron por mercet, que porque en las Casas fuertes, é de los Castiellos que ellos han non se pudiese facer danno, nin malfetria, que los tomásemos todos en nuestra guarda, é encomienda, é en nuestro defendimiento, porque ninguno, nin ningunos se atreviesen á tomar casas, nin Castiellos unos á otros por fuerça, nin por furto, nin los derribasen. Nos por les dar logar que vivan en pas, é en sosiego, é los malfechores non fallasen esfuerco, nin cobro, nin ellos ayan á tener en las fortalezas que han, muchas compannas que mantenían en ellas, tovimoslo por bien de asegurarnos todas las casas fuertes, é los Castiellos, que han todos los Perlados, é Ricosomes, é Ordenes, é fijosdalgo, é otros qualesquier de los nuestros Regnos, é del nuestro Sennorio, et tomamoslos en nuestro seguramiento, é en nuestra guarda; et defendemos que vnos á otros non se los tomen, nin otro ninguno, é qualquier, o qualesquier, que tomaren Castiellos, ó casas fuertes á otro por fuerça, ó por furto, ó las derribaren, que mueran por ello, é sea fecha justicia en el, o en ellos, asi como en aquellos que quebrantan seguramiento de su Rey, o su Sennor; et de sus bienes que pechen el Castiello, o la casa con el doblo á su duenno, si la derribase; Et si la tomase, é non la derribase, que muera por ello, é pierda la demanda que avia contra ella, é el Cástiello, o la casa fuerte que sea tornada, é entregada á aquel, á quien fue tomada, ó furtada. Et aquel, que en esta pena cayere, que non lo acoja ninguno, é si lo captoviere, que sea tenuto el que asi lo captoviere de pechar el Cástiello, o la casa que derribó, o tomó; Et si non la derribó, que peche el que la captoviere al tanto de lo suyo como valia la casa, á aquel cuya fuere, é que sea tenuto de entregar el malfechor á la nuestra Justicia. Pero que si de alguna, o de algunas casas fuertes, o Castiellos se ficiere hurtos, o robos, o malfetrias, o se acogiesen y algunos malfechores, que el Merino Mayor de aquella tierra, o otro qualquier Merino, do fuere la casa, ó el Cástiello, que pase contra ello en aquella manera que debe, é es de fuero, é de derecho. Et otrosí porque Nos fecimos Ordenamiento que qualquier que sacare Cauallo fuera de los nuestros Regnos que le matasen por ello, é perdiese lo que oviese, tenemos por bien que esto se entienda también por los fijosdalgo, como por todos los otros, porque ellos han mas menester los Caualllos, que todos los otros para nuestro servicio, é debense mas guardar que otro ninguno*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero... Op. cit., Pág., 468.

acabando con el poder político de la nobleza, para que ni los pueblos indisciplinados, ni los nobles revoltosos, les limitaran su poder¹¹².

Medidas encaminadas a robustecer el poder de la autoridad real, fueron la intervención de los reyes en la vida municipal, mediante su representante, el corregidor; y el hecho de prescindir casi de las Cortes, que fueron convocadas pocas veces (en Castilla, nueve veces en veinticinco años).

1.6.1.- ORDENAMIENTO DE MONTALVO

La idea de unidad también se plasma en el plano legislativo. Al existir una notable confusión en la administración de justicia, no solamente por las muchas disposiciones legales que se habían dictado con posterioridad al Fuero Real, Leyes de Partida y Ordenamiento de Alcalá, sino también por las diversas opiniones que habían dividido a las escuelas, y por consiguiente también a los tribunales, por el distinto espíritu de los Fueros del de las Partidas, y ante la falta, en ocasiones, de texto legal para la decisión de puntos litigiosos, los Reyes Católicos concibieron el pensamiento de uniformar la administración en esta parte, mandando formar un código nuevo, donde estuviesen más brevemente y mejor ordenadas las Leyes del Fuero Real más en uso, las ordenanzas y pragmáticas, aclarando las dudosas y quitando las superfluas, para lo cual dieron encargo al doctor Alonso Díaz de Montalvo, en 1480, para que formase la oportuna colección, la cual se terminó e imprimió en 1484 con el nombre de *Ordenanzas Reales de Castilla por las que deben primeramente librarse los pleitos civiles y criminales*, conociéndose también con los nombres de *Ordenamiento Real*, *Leyes de los Ordenamientos* y *Ordenamiento de Montalvo*.

¹¹² “A finales del siglo XV el programa neogótico de restauración hispánica llegaba exitosamente a su fin cuando en Castilla reina Isabel junto a su esposo Fernando de Aragón, ambos de la dinastía Trastámara. La política de enlaces matrimoniales de esta dinastía castellana culminaba ahora con la unión de Castilla y Aragón en las personas de sus reyes unidos en matrimonio. Si bien ambos reinos mantienen su autonomía política, con la unión formal de las dos monarquías (unión dinástica) se instituye la "Monarquía Hispánica" como forma política final del persistente proceso reconquistador que caracteriza nuestra historia medieval. En enero de 1492 Isabel de Castilla y Fernando de Aragón entran en la ciudad de Granada (campana bélica en la que participan conjuntamente castellanos y aragoneses) acabando así con el último reducto islámico en la Península, resultando el reino de Granada formalmente integrado en el reino de Castilla. Con este acto concluye entonces la Reconquista que se iniciaba en Covadonga con el nacimiento del reino de Asturias, concluyendo, pues, con la plena restauración del dominio legítimo sobre todo el territorio propio del Reino visigodo de Toledo prácticamente coincidente con el espacio peninsular”. PERALTA, R.: *Teoría de Castilla. Para una comprensión nacional de España*. Ed. Actas, 3ª edición. Madrid, 2009. Págs., 143-144.

Esta colección comprendía en ocho libros, subdivididos en títulos, los fueros, leyes y pragmáticas más importantes, especialmente todas las de las Cortes y monarcas anteriores, a contar desde Alfonso XI, con excepción de las del tiempo de Pedro I, en las diferentes ramas del Derecho. Si bien, no recibió confirmación expresa de los monarcas, que no llegaron a sancionarla¹¹³.

Con carácter general, en la Ley II, del Título XIV “*De la restitución de los despojados*”, del Libro III del Ordenamiento de Montalvo, se sanciona al que entra o toma por fuerza cosa que otro tenga en su poder y en paz, estableciendo su restitución y la pérdida del derecho que se pudiera tener, y en caso de no tenerlo, la restitución con entrega de otro tanto de lo suyo o de su valor¹¹⁴.

Relacionado con los castillos y fortalezas, la Ley X, del Título II “*De los Fidalgos*”, del Libro IV, prohíbe, para mantener la paz y sosiego (orden público), que los hijosdalgo y los caballeros tomen, unos a otros, por la fuerza, por engaño, por hurto (usurpen), o por trato, sus castillos y fortalezas; fijando como pena que mueran por ello, y distinguiendo si se derribaron o no. En el primer caso deben pagar el doble de lo que valía a su dueño; y en el segundo, se debe restituir a aquel a quien se tomó o hurtó,

¹¹³ VOZ ESPAÑA en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XXI. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1987. Págs., 800-804; VOZ PROPIEDAD en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XLVII. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1986. Pág., 952; COMAS DE MONTAÑEZ, M.: *Historia de España y de su civilización. Segunda parte. Tiempos modernos y contemporáneos...* Op. cit., Págs., 7-23; PÉREZ BUSTAMANTE, C.: *Compendio de Historia de España...* Op. cit., Págs., 235-248; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* Op. cit., Págs., 144-146; MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español...* Op. cit., Pág., 94; ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas...* Op. cit., Págs., 687-688; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Historia del Derecho Español...* Op. cit., Págs., 888-892; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español...* Op. cit., Págs., 266-268; AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo II. Reyes Católicos-Casa de Austria (1474-1700)...* Op. cit., Págs., 29-71; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 404-406; GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho...* Op. cit., Pág. 272.

¹¹⁴ Ley II, Tít., XIV, Lib., III.-“*La pena del forzador, que entrare en los bienes ajenos.- Si alguno entrare, o tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder, y en paz, si el forzador algún derecho hai havia, piérdalo, y si derecho hai no havia, entreguelo con otro tanto de lo suyo, o con la valia, a aquel a quien lo forzó, mas si alguno entiende que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en juro, o en paz, demándelo*”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo sexto...* Op. cit., Pág., 372.

perdiendo el autor, en su caso, el derecho que pudiera tener. A esta ley se remite la Ley XXX, del Título XIX “*De las penas*”, del Libro VIII¹¹⁵.

Menor era la pena que se establecía si se trataba de la usurpación de bienes de las Iglesias, Monasterios, y personas Eclesiásticas. La Ley I, del Título XVIII “*De las fuerzas, y daños*”, del Libro VIII, únicamente castigaba a sus autores si después de requeridos a que los devolvieran, no los tornaban en el plazo de seis días; en cuyo caso se les hacía pagar el doble de lo que tomaron o forzaron, distribuyendo ese duplo entre la Cámara, la Catedral y el Juez¹¹⁶.

¹¹⁵ Ley X, Tít., II, Lib., IV.- “*Que los fijos dalgo, ni Caballeros no se tomen unos a otros fortalezas ni Castillos.- Porque los Caballeros, y fijos dalgo de nuestros Reynos, vivan en paz, y sosiego, y los unos a los otros no se tomen por fuerza, ni por engaño, ni por furto, ni por trato sus castillos, y fortalezas que tienen, o tovieren, y poseyeren. Y porque de las tales fortalezas no se fagan robos, ni daños, ni receptación de malfechores; antiguamente los Reyes pasados progenitores, tomaron, y recibieron en su guarda, y seguro los dichos castillos, y fortalezas. Y nos así los tomamos, y recebimos, y defendemos que unos a otros, ni otros algunos no se tomen por fuerza, ni por engaño, ni en otra manera alguna los dichos sus castillos, ni fortalezas, ni casas fuertes. Y qualquier, o qualesquier que tomaren a otro castillo, o fortaleza, o casa fuerte por fuerza, o por engaño, o la robare, que muera por ello. Y sea fecha justicia en él, o en los que fueren culpantes; así como aquellos que quebrantan seguridad de sus Reyes y Señores naturales. Y si derribaren la tal fortaleza, o castillo, o casa fuerte, que demás de la pena susodicha, que de sus bienes pechen el castillo, o la casa con el doblo a su dueño. Y si la tomare, y no derribare, que muera por ello como dicho es, y pierda la demanda que havia contra ella. Y el castillo, o la casa sea tornada, y restituída a aquel a quien fuere tomada, y forzada. Y otrosí, mandamos, que qualquier que en esta pena cayere, o incurriere, ninguno sea osado de lo acoger ni recibir en su fortaleza, ni castillo, ni en otra parte alguna. Y qualquier que lo recibiere, incurra en pena de pagar la dicha casa, o fortaleza que así derribare con el doblo a aquel cuya es. Y si la tomó, o furto, y no derribó; que el que lo receptare, pague la estimación de la tal casa, o castillo a aquel cuya fuere, y que todavía sea tenido a entregar a la nuestra justicia el mal fechor, que así tomare, o derribare el dicho castillo, y fortaleza. Y ordenamos, otrosí, que de qualesquier castillos, o fortalezas que se ficiere algunos robos, y muertes, y daños, que las nuestras justicias procedan contra los tales, según que fallaren por fuero, y por derecho. El desafío de los fidalgos, como se debe facer, se contiene en este libro en el titulo de los desafíos. Mandamos que los fijos dalgo tengan en nuestra Corte, y Chancilleria dos Alcaldes, según se contiene en este libro en el titulo de la Chancilleria”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo sexto... Op. cit., Pág., 385. A esta Ley se remite la Ley XXX, Tít., XIX, Lib., VIII.- “*La pena en que caen los Cavalleros, y fijos dalgo que unos a otros se tomaren las fortalezas, o castillos, continese en el titulo de los fijos dalgo*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo sexto... Op. cit., Pág., 536.*

¹¹⁶ Ley I, Tít., XVIII, Lib., VIII.- “*Contra los que tomaren, o forzaren los bienes de la Iglesia, o las personas Eclesiásticas.- Qualesquier forzadores, y tomadores, que forzaren, o tomaren algunos bienes de las Iglesias, y Monesterios, y personas Eclesiásticas, que seyendo requerido fasta seis dias del dia que fueren requeridos, si no tornaren, y no ficiere enmienda, y satisfacion de lo que así tomaren, o forzaren; mandamos a los nuestros Adelantados, y Merinos, y justicias de las nuestras Ciudades, y Villas, y Lugares, donde acaeciere, que hagan execucion en bienes de los dichos forzadores, y tomadores, y les hagan pagar con el doblo todo lo que así tomaren, y forzaren; y vendan sus bienes como por nuestro haver; y paguen a quien recibió el daño, y fuerza de lo que le tomaron, y forzaron: y el doblo que se reparta en esta manera: la tercia parte para la nuestra Cámara; y la otra tercia parte para la obra de la Iglesia Cathedral del Obispado donde esto acaesciere: y la otra tercia parte para el Juez, o oficial que la dicha entrega hiciere: y mandamos a las justicias, que fagan sanas las venciones que sobre esta razón fueren hechas”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo sexto... Op. cit., Págs., 533-534.*

No se puede adquirir una heredad, por el mero transcurso del tiempo, si alguno la tuvo o poseyó a empeño o, encomienda, arrendada, o forzada, según dispone la Ley II, del Título XIII “*De las prescripciones*”, del Libro III¹¹⁷.

1.6.2.- LEYES DE TORO

Aunque con el Ordenamiento de Montalvo se dio un paso para la mejora de la legislación española; “a causa de la gran diferencia y variedad que había en el entendimiento de las leyes..., así del Fuero como de las Partidas y de los Ordenamientos, y otros casos donde había menester declaración, aunque no habían leyes sobre ello, por lo cual acaecía que en algunas partes ... y aun en las ... audiencias, se determinaba y sentenciaba en un caso mismo unas veces de una manera y otras veces de otra, lo cual causaba la mucha variedad y diferencia ... en el entendimiento de las dichas leyes entre los letrados¹¹⁸”, las Cortes de Toledo de 1502 solicitaron a los Reyes Católicos que se remediara tal estado de cosas.

Los Reyes Católicos accedieron a semejante petición y nombraron una comisión de jurisconsultos de la que formó parte el doctor Palacios Rubios. Los comisionados culminaron su trabajo, que fue presentado a las Cortes de Toro, en 1505, donde se discutió y publicó, y de donde tomaron el nombre con que se designan, ya fallecida Doña Isabel. Por eso la promulgación se hizo en nombre de su heredera, la reina Doña Juana.

Son ochenta y tres leyes, la mayor parte de derecho civil, sin ninguna distribución en títulos ni libros; tienen carácter aclaratorio, transforman un *jus controversum* en *jus receptum*, enlazan el antiguo Derecho con el más moderno y llenan

¹¹⁷ Ley II, Tít., XIII, Lib., III.- “*Que el que tuvo la heredad arrendada, o a empeños, etc. no se pueda defender por tiempo.- Si alguno tuvo, o poseyó alguna heredad, y otra cosa á empeños, o encomienda, o arrendada, o alogada, o forzada, no se pueda defender por tiempo, ca estos a tales no son tenedores por sí, mas por aquellos de quien la cosa tienen*”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo sexto... *Op. cit.*, Pág., 371.

¹¹⁸ “Real Pragmática con que fueron publicadas las Leyes de Toro”, el texto se recoge en PACHECO, J.F.: *Comentario histórico, crítico y jurídico a Las Leyes de Toro*. Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1862. Págs., 11-12.

vacíos que la experiencia había hecho notar. Se han insertado íntegras en la Nueva y en la Novísima Recopilación¹¹⁹.

Reiteran el orden de prelación de fuentes establecido en el Ordenamiento de Alcalá, pero modificado en el sentido de anteponer al referido Ordenamiento las Leyes de Toro; sin que se contenga ninguna referencia expresa a la usurpación de bienes inmuebles¹²⁰.

¹¹⁹ SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* Op. cit., Págs., 146-147; MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español...* Op. cit., Págs., 375-376; AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo II. Reyes Católicos-Casa de Austria (1474-1700)...* Op. cit., Págs., 197-199; VOZ TORO en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo LXII. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985. Págs., 1119-1122; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 405-406; GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho...* Op. cit., Pág. 401. Vid., ÁLVAREZ POSADILLA, J.: *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu, y el de la legislación de España en que se tratan las cuestiones prácticas*. Imprenta de la Viuda de Ibarra. Madrid, 1796; PACHECO, J.F.: *Comentario histórico, crítico y jurídico a Las Leyes de Toro...* Op. cit.

¹²⁰ Ley I.- “Primeramente por quanto el Señor Rey D. Alfonso en la Villa de Alcalá de Henares, Era de mil y trescientos y ochenta y seis años, hizo una ley cerca de la orden que se debía tener en la determinación, y decisión de los pleytos, y causas: el tenor de la qual es este que se sigue. Nuestra intención y voluntad es que los nuestros naturales y moradores de los nuestros Reynos sean mantenidos en paz y justicia, y como para esto sea menester dar leyes ciertas por do se librasen los pleytos, y las contiendas que acaescen entre ellos, é maguer que en la nuestra corte usen del fuero de las leyes, y algunas villas del nuestro Señorío lo han por fuero, y otras ciudades y villas han otros fueros de partidos: por los quales se pueden librar algunos de los pleytos. Pero porque muchas son las contiendas, y los pleytos que entre los homes acaescen y se mueven cada día, que no se pueden librar por los fueros: por ende queriendo poner remedio conveniente a esto, establescemos y mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron: salvo en aquello que nos hallaremos que se deben emendar y mejorar, y en lo al que son contra Dios, y contra razón, y contra las leyes que en este nuestro libro se contienen. Por las quales leyes de este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos Civiles y Criminales, y los pleytos, y las contiendas que no se pudieren librar por las leyes de este nuestro libro, y por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes de las siete partidas que el Rey D. Alfonso nuestro visabuelo mandó ordenar, como que hasta aquí no se halla que fuesen publicadas por mandados del Rey, ni fueron ávidas ni recibidas por leyes. Pero nos mandamos las requerir y concertar y emendar algunas cosas que cumplía, y así concertadas y emendadas porque fueron sacadas y tomadas de los dichos de los Sanctos, y de los dichos y derechos, é dichos de muchos sabios antiguos, y de fueros, y constumbres antiguas de España, dárnoslas por las nuestras leyes. Y porque sean ciertas, y no haya razón de tirar y emendar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos hacer de ellas dos libros, uno sellado con nuestro sello de oro, y otro sellado con nuestro sello de plomo: para tener en nuestra cámara para en lo que oviere duda que lo concertedes con ellas, y tenemos por bien que sean guardadas y valederas de aquí adelante en los pleytos, y en los juicios: y en todas las otras cosas que en ellas se contienen en aquello que no fueren contrarias a las leyes de este nuestro libro, y a los fueros sobre dichos: y porque los hijosdalgo de nuestros Reynos han en algunas comarcas fuero de alvedrio: y otros fueros por que se juzgan ellos, y sus vasallos: tenemos por bien que les sean guardados sus fueros, a ellos, y a sus vasallos, según que lo han de fuero: y les fueron guardados fasta aquí. Otro si en echo de los rieptos sea guardado aquel uso y aquella costumbre que fue usada, y guardada en el tiempo de los otros Reyes; y en el nuestro. Otro si tenemos por bien que sea guardado el ordenamiento que nos agora hecimos en estas cortes para los hijosdalgo: el qual mandamos poner en fin deste nuestro libro: y porque al Rey pertenesce, y ha poder de hacer fueros, y leyes: y de las interpretar, y declarar, y emendar donde viere que cumple. Tenemos por bien que si en los dichos fueros, o en los libros de las partidas sobredichas, o en este nuestro libro, o en algunas leyes de las que en él se contienen, fuere menester declaración, y interpretación, o emendar, añadir, o tirar, o mudar por nos que lo hagamos. E si

1.6.3.- NUEVA RECOPIACIÓN

El deseo de la reina Isabel la Católica, expresado en un codicilo seis semanas después de firmar su testamento y sólo tres días antes de su muerte (año de 1504), de

alguna contrariedad paresciende en las leyes sobre dichas entre si mesmas, o en los fueros, o en qualquier dellos, o alguna duda fuere hallada en ello, o algún hecho, porque por ellas no se pueda librar, que nos seamos requeridos sobre eso, porque hagamos interpretación, y declaración, o emienda do intendieremos que cumple, o hagamos ley nueva, la que intendieremos que cumple sobre ello, porque la justicia, y el derecho sea guardado: empero bien queremos y sufrimos que los libros de los derechos que los sabios antiguos hicieron, que se lean en los estudios generales de nuestros Señorío, porque hay en ellos mucha sabiduría: y queremos dar lugar que los nuestros naturales sean sabidores, y sean porende mas honrados. Y agora somos informados que la dicha ley no se guarda, ni executa enteramente como debia: y porque nuestra intención y voluntad es que la dicha ley se guarde y cumpla como en ella se contiene. Ordenamos y mandamos que todas las nuestras justicias destos nuestros Reynos y Señoríos ansi de realengos y abadengos como de ordenes y behedrias y otros Señoríos qualesquier, de qualquier calidad que sean, que en la dicha ordenación, decisión, y determinación de los pleytos y causas guarden y cumplan la dicha ley en todo y por todo segun que en ella se contiene: y en guardándola y cumpliéndola en la dicha ordenación, y decisión y determinación de los pleytos y causas, asi Civiles como Criminales, se guarde la orden siguiente. Que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamientos, y pragmáticas por nos hechas, y por los Reyes donde nos venimos, y los Reyes que de nos vinieren, en la dicha ordenación y decisión y determinación, se sigan y guarden como en ellas se contiene: no embargante que contra las dichas leyes de ordenamiento, y pragmáticas se diga y alegue que no son usadas ni guardadas. Y en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros ansi del fuero de las leyes como las de los fueros municipales que cada Ciudad, Villa, o Lugar tuviere en lo que son, o fueren usadas y guardadas en los dichos lugares, y no fueren contrarias a las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticas, asi en lo que por ellas está determinado, como en lo que determinaremos adelante por algunas leyes, y ordenamientos y pragmáticas, y los Reyes que de nos vinieren: ca por ellas es nuestra intención y voluntad que se determinen los dichos pleytos y causas, no embargante los dichos fueros, y uso y guarda dellos. Y lo que por las dichas leyes de ordenamientos, y pragmáticas, y fueros no se pudiere determinar: Mandamos que en tal caso se recurra a las leyes de las siete partidas hechas por el Señor Rey D. Alfonso nuestros progenitor: por las quales en defecto de los dichos ordenamientos; pragmáticas y fuero, mandamos que se determinen los pleytos y causas asi Civiles como Criminales de qualquier calidad o cantidad que sean, guardando lo que por ellos fuere determinado como en ellas se contiene: aunque no sean usadas ni guardadas, y no por otras algunas. Y mandamos que quando quier que alguna duda ocurriere en la interpretación y declaración de las dichas leyes de ordenamiento, y pragmáticas y fueros, o de las partidas, que en tal caso recurran a nos, y a los Reyes que de nos vinieren, para la interpretación et declaración dellas: porque por nos vistas las dichas dudas declararemos e interpretaremos las dichas leyes como se conviene a servicio de Dios nuestro Señor, y al bien de nuestros subditos y naturales, y la buena administración de nuestra justicia. Y por quanto nos hemos fecho en la villa de Madrid en el año que pasó de noventa y nueve ciertas leyes y ordenanzas las quales mandamos que se guardasen en la ordenación: y algunas en la decisión de los pleytos y causas en el nuestro consejo, y en las nuestras audiencias: y entre ellas hecimos una ley y ordenanza que habla cerca de las opiniones de Bartolo y Baldo, y Juan Andrés, y el Abad: qual dellas se debe seguir en duda a falta de ley: y porque agora somos informados que lo que hecimos por estorvar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los Doctores ha traído mayor daño y inconveniente: porende por la presente revocamos, casamos y anulamos en quanto a esto todo lo contenido en la dicha ley y ordenanza por nos hecha en la dicha villa de Madrid: y mandamos que de aquí adelante no se use della, ni se guarde, ni cumpla, porque nuestra intención y voluntad es, que cerca de la dicha ordenación y determinación de los pleytos y causas solamente se haga y guarde lo contenido en la dicha ley del Señor Rey D. Alfonso, y en esta nuestra". Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo sexto... Op. cit., Págs., 571-572.

reducir todas las leyes existentes en un solo cuerpo legal breve y ordenado, no se logró hasta el reinado de Felipe II¹²¹.

En cumplimiento de ese deseo, Fernando el Católico encomendó al Doctor Galíndez de Carvajal la preparación de un cuerpo legal, que no fue publicado. Pese a los trabajos de los doctores Pero López de Alcocer, Escudero y Guevara durante el reinado de Carlos I, no fue hasta el reinado de su hijo Felipe II, cuando tras la muerte del licenciado López de Arrieta, el también licenciado Bartolomé de Atienza logra culminar el encargo recopilatorio, en diciembre de 1562. Después de ser revisada durante cinco años por el Consejo de Castilla, Felipe II promulga la *Nueva Recopilación de las Leyes de España* por Pragmática fechada el 14 de marzo de 1567¹²². Se halla dividida en

¹²¹ “La ilustre reina doña Isabel la Católica no había quedado satisfecha de las colecciones de leyes y pragmáticas formadas durante su reinado, y estaba convencida de la necesidad de reunir las todas en un solo cuerpo en que se ordenaran con más precisión y método, declarando las dudosas y suprimiendo las superfluas, para evitar contradicciones en las sentencias de los tribunales y gastos a los litigantes. Mas el encargo de hacer esta reforma, que ella no había podido llevar a cabo por causa de sus enfermedades y graves ocupaciones, lo dejó a su esposo, a su hija y demás testamentarios, llevando su previsión hasta el punto de mandar que para este objeto se formara una junta compuesta de un prelado y otras personas doctas. Así consta en su codicilo, otorgado en Medina del Campo en Noviembre de 1504”. GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Elementos de Derecho civil y penal de España. Tomo I... Op. cit.*, Págs., 194-195. Dice así el referido codicilo: “Otro sí, por quanto yo toue sienpre deseo de mandar redusir las leyes del fuero e ordenamientos e premáticas en vn cuerpo, do estouiesen más breuemente e mejor ordenadas, declarando las dubdosas e quitando las superfluas, por euitar las dubdas e algunas contrariedades que çerca dellas ocurren e los gastos que dellos se siguen a mis regnos e súbditos e naturales, lo qual a causa de mis enfermedades e otras ocupaciones no se ha puesto por obra, por ende suplico al rey mi señor, e mando e encargo a la dicha prínçesa, mi hija, e al dicho prínçipe, su marido, e mando a los otros mis testamentarios, que luego hagan juntar vn prelado de sçiençia e de consçiençia con personas doctas e sabios e experimentados en los derechos, e vean todas las dichas leyes del fuero e ordenamientos e premáticas, e las pongan e reduzan todas en vn cuerpo, onde esten más breue e compendiosamente compiladas. E si entre ellas fallaren algunas que sean contra la libertad e ymmunidad eclesiástica, o otra costumbre alguna yntroducida en mis regnos contra la dicha libertad e yrmunidad eclesiástica, las quiten, para que dellas no se vse más, que yo por la presente las reuoco, casso e quito. E si algunas de las dichas leyes les pareçieren no ser justas o que no conçiernen el bien público de mis regnos e súbditos, las ordenen por manera que sean justas a seruicio de Dios e bien común de mis regnos e súbditos, e en el más breue compendio que ser podiere, ordenadamente por sus títulos, por manera que con menos trabajo se pueda estudiar e saber. E quanto a las leyes de las Partidas, mando que esten en su fuerça e vigor, saluo si algunas se hallaren contra la libertad eclesiástica o que parezcan ser ynjustas”. *Codicilo de la Reina Católica D^a Isabel de Castilla, otorgado en Medina del Campo en 23 de noviembre de 1504.* (Reproducción digitalizada). Biblioteca Digital Hispánica de la Biblioteca Nacional de España (f1v, y f2r). http://bibliotecadigitalhispanica.bne.es:80/webclient/DeliveryManager?pid=1096519&custom_att_2=simple_viewer. Vid., WALSH, W.T.: *Isabel La Cruzada*. Ed Espasa-Calpe, S.A., Colección Austral, 4^a edición. Madrid, 1963.

¹²² “La Nueva Recopilación se reeditó varias veces desde el reinado de Felipe II al de Carlos III; las sucesivas ediciones ofrecen la particularidad de agregar, en los lugares correspondientes, las leyes modernas, no insertas, pues, en la edición anterior. En el siglo XVII se añaden, formando cuerpo aparte, los autos acordados bajo el mismo plan de libros y títulos; autos que se fueron aumentando en las sucesivas ediciones”. SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes... Op. cit.*, Pág., 147. “Hiciéronse hasta 1777 diez ediciones de esta obra; siguieron a las de 1567, las de 1581, 1592, 1598, 1640, 1723, y 1745 en las que no hubo más alteración que la de insertar las leyes nuevas y formarse

nueve libros, que se subdividen en títulos y leyes, sumando, respectivamente, un total de 214 títulos y 3.391 leyes.

Dispuso Felipe II que las leyes no insertas en ella carezcan de fuerza de obligar, dejando en vigor, sin embargo, el orden de prelación de fuentes regulado en las Leyes de Toro¹²³.

en la última un tomo de 500 pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos, con el nombre de Autos acordados del Consejo. Llamábanse así las resoluciones de este alto cuerpo en asuntos de administración y de justicia. Las tres últimas ediciones son de 1772, 1775 y 1777, en las que sólo se nota un aumento insignificante”. ANTEQUERA, J. M^a.: *Historia de la legislación española. Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*. Imprenta de San Francisco de Sales, 4^a edición. Madrid, 1895. (Reimpresión facsímil). Ed. Analecta ediciones y libros SL. Pamplona (Navarra), 2002. Pág., 432. Vid., SANZ Y CONSTANZO, A.F.: *Glosa expedita, o Índice general de la Nueva Recopilación, en la que se demuestran por el orden y método de la glosa puesta en las ediciones de 1745, 1772, y 1775, las leyes, y autos-acordados con sus respectivas remisiones, que hasta el presente tiempo se han recopilado, y conducen a la perfecta, y cierta inteligencia de la Sanción en que se citan: Con una noticia puntual de los Reportorios y Concordancias de nuestro Derecho, que de tres siglos a esta parte han salido a luz pública, sobre lo qual se hacen varias reflexiones crítico-legales en una Adición al Prólogo*. Joachim Ibarra, Impresor de Cámara de S. M. Madrid, 1779.

¹²³ “Sabed que, por las muchas y diversas leyes, pragmáticas, ordenamientos, capítulos de cortes, y cartas acordadas, que por nos, y los reyes nuestros antecesores en estos reinos se han hecho, y por la mudanza, y variedad que cerca de ellas ha habido, corrigiendo, enmendando, añadiendo, alterando lo que según la diferencia de los tiempos y ocurrencia de los casos ha parecido corregir, mudar, y alterar; y porque asimismo algunas de las dichas leyes, o por se haber mal sacado de sus originales, o por el vicio y error de las impresiones están faltas y diminutas, y la lectura de ellas corrupta, y mal enmendada; y otrosí, en el entendimiento de algunas de las dichas leyes han nacido dudas y dificultades, por ser las palabras dellas dudosas, y por parecer que contradecían a algunas otras; y que asimismo algunas de las dichas leyes, como quiera que sean, y fuesen claras, y que según el tiempo en que fueron fechas y publicadas parecieron justas y convenientes, la experiencia ha mostrado que no pueden ni deben ser ejecutadas; y que demás de esto las dichas leyes han estado y están divididas y repartidas en diversos libros y volúmenes, y algunas de ellas no impresas, ni incorporadas en las otras leyes, ni tienen la autoridad, ni orden que convendría, de que ha resultado y resulta confusión y perplejidad, y en los jueces que por ellas han de juzgar, dudas y dificultades, y diferentes y contrarias opiniones ... Y así por los procuradores de estos reinos en cortes, y por algunas otras personas zelosas del bien y beneficio público fue pedido y suplicado al emperador y rey mi señor, que mandase reducir y recopilar todas las dichas leyes, y que se pusiesen debajo de sus títulos y materias, por la buena orden y estilo que conviniese, quitando lo que fuese superfluo, y añadiendo y emendando en ellas lo que conviniese ... Y habiéndose todo visto, y con nos consultado, habemos acordado, que las dichas leyes y nueva recopilación y reducción de ellas que ansí está hecha, que está repartida y dividida en nueve libros, debajo de sus títulos y materias, se imprima y estampe, y para ello hemos dado nuestro privilegio y facultades. Y mandamos que se guarden, cumplan y ejecuten las leyes que van en este libro, y se juzguen y determinen por ellas todos los pleitos y negocios que en estos reinos ocurrieren, aunque algunas de ellas sean nuevamente hechas y ordenadas; y aunque no hayan sido publicadas ni pregonadas, y aunque sean diferentes, o contrarias a las otras leyes y capítulos de cortes y pragmáticas que antes de ahora ha habido en estos reinos, las cuales *queremos que de aquí adelante no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellas, sino solamente por las de este libro, guardando en lo que toca a las leyes de las siete partidas y del fuero, lo que por la ley de Toro está dispuesto*, y ordenado, y quedando asimismo en su fuerza y vigor las cédulas y visitas que tienen las audiencias, en lo que no fueren contrarias a las leyes de este libro”. Ley I, Pragmática, que declara la autoridad que han de tener las leyes de este libro [Nueva Recopilación] en *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo undécimo... Op. cit.*, Págs., 3-4.

A fin de evitar ociosas e innecesarias repeticiones en la legislación relativa a la materia objeto de estudio comprendida en este cuerpo legal, por hallarse así mismo recogida en la Novísima Recopilación, transcribimos únicamente las leyes de ésta última en el siguiente epígrafe indicando entre paréntesis la ley, título y libro a que se corresponde con la Nueva Recopilación¹²⁴.

1.6.4.- NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN

El Consejo de Castilla encargó, reinando Carlos III, al penalista Manuel de Lardizábal la composición de un apéndice para la Nueva Recopilación, en el que se incluyeran las disposiciones posteriores a 1745 (cédulas, decretos y autos acordados). El apéndice elaborado por una comisión de juristas, no mereció la aprobación del Consejo.

Al ocupar el trono Carlos IV, se le encargó al relator de la Chancillería de Granada, Juan de la Reguera Valdelomar, la formación del suplemento aprovechando los materiales de Lardizábal. Reguera Valdelomar preparó el suplemento, pero a la vez que lo presentaba a la aprobación del rey, acompañó un proyecto de recopilación nuevo.

¹²⁴ Cfr., MINGUIÓN, S.: *Historia del Derecho español... Op. cit.*, Pág., 376; VOZ RECOMPILACIÓN en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XLIX. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1986. Págs., 1221-1223; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes... Op. cit.*, Págs., 147-148; ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas... Op. cit.*, Págs., 688-689; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Historia del Derecho Español... Op. cit.*, Págs., 892-897; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español... Op. cit.*, Págs., 268-270; SEMPERE Y GUARINOS, J.: *Historia del Derecho español. Tomo II*. Imprenta real. Madrid, 1823. Págs., 294-299; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)... Op. cit.*, Págs., 406-407; GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho... Op. cit.*, Págs. 401-403. Vid., DE LA REGUERA VALDELOMAR, J.: *Resumen de la Historia cronológica del Derecho y Leyes de España*. Madrid, 1798. Especialmente crítico con la Nueva Recopilación es el Doctor MARTÍNEZ MARINA al decir de ella que es “sumamente defectuosa, sin orden ni método, sembrada de anacronismos, plagada de errores y lecciones mendosas; muchas de sus leyes oscuras, y a veces opuestas unas a otras: vicios que por la mayor parte se conservaron en las varias ediciones que de ella se hicieron hasta el año 1777”. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio. Tomo II*. Imprenta de D. E. Aguado, 2ª edición corregida y aumentada por su autor. Madrid, 1834. Pág., 187. En similares términos se pronuncia SEMPERE Y GUARINOS al manifestar que “su desordenada mezcla puede dar alguna idea del mérito de aquel código. Una análisis más circunstanciada sería sumamente difícil, como la de todos los libros escritos sin método, y sin crítica. El reino deseaba un compendio de las leyes que debían guardarse, y que todas las demás se anularan y revocaran. En una palabra quería un buen código. Tal fue el plan indicado por las cortes de 1523. Pero los comisionados en nada pensaron menos que en arreglarse a aquel plan juicioso. Si corruptas, si mutiladas y truncadas habían estado las leyes en el ordenamiento del Dr. Montalvo, mucho más lo fueron por los autores de la nueva recopilación, y se conservaron en ella infinitas superfluas que añadían mucho mayor confusión a la jurisprudencia”. SEMPERE Y GUARINOS, J.: *Historia del Derecho español. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 299.

Aceptada por el rey esta idea, el suplemento perdió razón de ser. Acabado el trabajo, se sometió a examen y enmienda de los ministros, siendo aprobado por el Rey el 2 de junio de 1805 promulgándose por Real Cédula el 15 de julio del mismo año con el título de *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, mandándose que se publicara anualmente un suplemento con las nuevas leyes que se fueran promulgando. De éstos sólo llegó a publicarse uno en 1829¹²⁵.

Está constituida por los mismos elementos que componen la Nueva Recopilación, de la cual en realidad, no es más que una reproducción en distinto método de las mismas leyes en aquel contenidas, con supresión de algunas y adición de otras que se había publicado desde la última edición de aquella. Las 4020 leyes se integran en 12 Libros, los cuales se dividen en Títulos, sumando un total de 340.

No derogó ni anuló las leyes anteriores, antes bien las dejó subsistentes la Ley III, del Título II “*De las leyes*”, del Libro III “*Del Rey, y de su real casa y corte*”, (que reproduce lo expuesto en el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro), según la cual debían observarse y respetarse en primer término las leyes contenidas en la Novísima Recopilación, luego las de la Nueva Recopilación, después las del Fuero Real y los Fueros Municipales, a las que debe agregarse el Fuero Juzgo y, en último término Las

¹²⁵ “Reguera Valdelomar, en lugar de formar un Código sistemático y científico según el modelo que le ofrecía el Código de Napoleón, siguió el sistema atrasado de los recopiladores de leyes, que provocó la dura crítica de Martínez Marina en su Ensayo histórico-crítico, justificada luego en el libro Juicio crítico de la Novísima Recopilación. A pesar de sus defectos, la Novísima estuvo vigente en España hasta la promulgación del código civil en 1889”. AGUADO BLEYE, P.: *Manual de Historia de España. Tomo III. Casa de Borbón (1700-1808). España contemporánea (1808-1955)*... *Op. cit.*, Págs., 305-306; “La Novísima Recopilación significa, pues, la persistencia en España de los viejos sistemas recopilatorios en la época de los Códigos más científicos”. SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*... *Op. cit.*, Pág., 150. “Martínez Marina mostró sus errores, anacronismos, repeticiones y omisiones”. PÉREZ BUSTAMANTE, C.: *Compendio de Historia de España*... *Op. cit.*, Pág., 444. “Obra inmensa y tan voluminosa que ella sola acobarda a los profesores más laboriosos: vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas: edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables: hacinamiento de leyes antiguas y modernas, publicadas en diferentes tiempos y por causas y motivos particulares, y truncadas de sus originales, que es necesario consultar para comprender el fin y blanco de su publicación. Pues ya las leyes de los otros cuadernos y cuerpos legislativos, entre los cuales lejos de hallarse unidad, armonía y uniformidad se encuentra muchas veces notable diferencia y oposición, unas están anticuadas, otras derogadas, y acaso las mas no son en manera alguna adaptables a nuestras costumbres, circunstancias y actual constitución”. MARTÍNEZ MARINA, F.: *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio. Tomo II*... *Op. cit.*, Págs., 192-193. Vid., MARTÍNEZ MARINA, F.: *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. Imprenta de D. Fermín Villalpando. Madrid, 1820.

Partidas¹²⁶. Al dejar subsistente la ley de prelación de derechos del Ordenamiento de Alcalá, no resolvió el problema de simplificar el Derecho español, reduciéndolo a una sola fuente legal¹²⁷.

¹²⁶ Ley III, Tít., II, Lib., III.- *“Orden de las leyes y fueros que se han de observar para la decisión de los pleytos.- Por quanto el Señor Rey D. Alonso en la villa de Alcalá de Henares, era de 1386 años, hizo una ley cerca de la orden que se había de tener en la determinación y decisión de los pleytos y causas, el tenor de la qual es este que sigue : «Nuestra intención y voluntad es, que los nuestros naturales y moradores de los nuestros Reynos sean mantenidos en paz y en justicia; y como para esto sea menester dar leyes ciertas por do se librasen los pleytos y las contiendas que acaecen entre ellos, maguer que en la nuestra Corte usan del Fuero de las Leyes, y algunas villas del nuestro Señorío lo han por fuero, y otras ciudades y villas han otros fueros departidos , por los quales se puedan librar algunos de los pleytos; pero son tantas las contiendas y los pleytos que entre los hombres acaecen y se mueven de cada día, que no se pueden librar por los fueros. Por ende, queriendo poner remedio conveniente a esto, establecemos y mandamos, que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos halláremos que se deben enmendar y mejorar, y en lo al que son contra Dios, y contra razón, y contra las leyes que en este nuestro libro se contienen: por las quales mandamos, que se libren primeramente todos los pleytos civiles y criminales; y las contiendas que se no pudieren librar por las leyes deste nuestro libro, y por los dichos fueros, mandamos, que se libren por las leyes de las Siete Partidas, que el Rey D. Alonso nuestro bisabuelo mandó ordenar, como quier que hasta aquí no se halla que fuesen publicadas por mandado del Rey, ni fuesen habidas ni recibidas por leyes; pero Nos mandamos las requerir y concertar, y enmendar en algunas cosas que cumplan; y así concertadas y enmendadas , porque fueron sacadas y tomadas de los dichos de Santos Padres, y de los Derechos, y dichos de muchos Sabios antiguos, y de fueros y costumbres antiguas de España, dárnoslas por nuestras leyes ; y porque sean ciertas, y no hayan razón de tirar y enmendar en ellas cada uno lo que quisieren, mandamos hacer dellas dos libros, uno sellado con nuestro sello de oro, y otro sellado con nuestro sello de plomo, para tener en la nuestra Cámara, para en lo que hubiere duda que lo concertedes con ellas: y tenemos por bien, que sean guardadas y valederas de aquí adelante en los pleytos y en los juicios, y en todas las otras cosas que en ellas se contiene, en aquello que no fueren contrarias a las leyes deste nuestro libro, y a los fueros sobredichos. Y porque los Hijosdalgo de nuestros Reynos han en algunas comarcas Fuero de albedrío y otros fueros, por que juzgan ellos y sus vasallos; tenemos por bien, que sean guardados a ellos y sus vasallos, según que lo han de fuero, y les fueron guardados hasta aquí. Otrosí en fecho de los rietos sea guardado aquel uso y aquella costumbre que fue usada y guardada en el tiempo de los otros Reyes, y en el nuestro. Otrosí tenemos por bien, que sea guardado el Ordenamiento que Nos ahora hicimos en estas Cortes para los Hijosdalgo, el qual mandamos poner en este nuestro libro. Y porque al Rey pertenece, y ha poder de hacer fueros y leyes, y de las interpretar y declarar, y enmendar donde viere que cumple; tenemos por bien , que si en los dichos fueros, o en los libros de las Partidas sobredichas, o en este nuestro libro, o en algunas leyes de las que en él se contienen, fuere menester declaración y interpretación, o enmendar o añadir, o tirar o mudar, que Nos lo haremos; y si alguna contrariedad pareciere en las leyes sobredichas entre sí mismas, o en los fueros o en qualquier dellos , o alguna duda fuere hallada en ellos de algún fecho, por que por ellas no se pueda librar, que Nos seamos requeridos sobre ello, porque hagamos interpretación y declaración o enmienda, do entendiéremos quo cumple, ó fagamos ley nueva, la que entendiéremos que cumple sobre ello, porque la justicia y el derecho sea guardado. Empero bien queremos y sufrimos que los libros de los Derechos que los Sabios antiguos hicieron, que se lean en los Estudios generales de nuestro Señorío, porque hay en ellos mucha sabiduría, y queremos dar lugar que los nuestros naturales sean sabidores, y sean por ende mas honrados.» Y ahora somos informados, que la dicha ley no se guarda ni executa enteramente como debía: y porque nuestra intención y voluntad es, que la dicha ley se guarde y cumpla como en ella se contiene; ordenamos y mandamos, que todas las nuestras Justicias destos nuestros Reynos y Señoríos, así Realengos cómo Abadengos, como de Ordenes y behetrías, y otros señoríos qualesquier de qualquier calidad que sean; que en la ordenación, decisión y determinación de los pleytos y causas guarden y cumplan la dicha ley en todo y por todo según que en ella se contiene: y guardándola y cumpliéndola, en la ordenación y decisión y determinación de los pleytos y causas, así civiles como criminales, se guarde la orden siguiente: que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamientos y premáticas por Nos fechas, y por los Reyes donde Nos venimos, en este libro contenidas, y las de los Reyes que de Nos vinieren, en la dicha ordenación y decisión y determinación se sigan, y guarde lo que en ellas se contiene, no embargante que contra las dichas leyes de ordenamientos y premáticas se diga y alegue, que no son usadas ni guardadas: y en lo que por ellas no se pudiese determinar, mandamos, que se guarden*

Con carácter general, en la Ley I, del Título XXXIV “*De los juicios de despojo y su restitución*”, del Libro XI “*De los juicios civiles, ordinarios y executivos*” de la Novísima Recopilación, se sanciona al que entra o toma por fuerza cosa que otro tenga en su poder y en paz, estableciendo su restitución y la pérdida del derecho que se pudiera tener, y en caso de no tenerlo, la restitución con entrega de otro tanto de lo suyo o de su valor. Como medio de impedir la realización arbitraria del propio derecho, la Ley II del mismo Título y Capítulo, impide que alguien sea despojado de su posesión, sin haber sido oído y vencido en juicio; la Ley IV contiene una particular referencia al hecho de entrar u ocupar lugares, tierras o heredamientos de personas empleadas al servicio del Rey, ordenando la enmienda y satisfacción con “equivalencia y cantidad de lo que así le fuere tomado”, o de los “parciales” cuando no sea posible, y si aun así

las leyes de los fueros, así del Fuero de las Leyes, como las de los Fueros municipales que cada ciudad o villa o lugar tuvieran, en lo que son o fueren usados y guardados en los dichos lugares, y no fueran contrarias a las dichas leyes de ordenamientos y premáticas deste nuestro libro, así en lo que por ellas está determinado, como en lo que determinaremos adelante, o por algunas leyes de ordenamientos y premáticas de los Reyes que de Nos vinieren; ca por ellas es nuestra intención y voluntad, que se determinen los dichos pleytos y causas, no embargante los dichos fueros y usos y guarda dellos: y lo que por las dichas leyes de ordenamientos y premáticas deste nuestro libro y fueros no se pudiere determinar, mandamos, que en tal caso se recurra a las leyes de las Siete Partidas fechas por el Señor Rey D. Alonso nuestro progenitor; por las quales en defecto de los dichos ordenamientos, leyes y premáticas y fueros, mandamos, que se determinen los pleytos y causas, así civiles como criminales, de qualquier calidad o cantidad que sean; guardando lo que por ellas fuera determinado como en ellas se contiene, aunque no sean usadas ni guardadas, y no por otras algunas. Y mandamos, que quando quier que alguna duda ocurriese en la interpretación y declaración de las dichas leyes de ordenamientos y premáticas y Fueros, o de las Partidas, que en tal caso recurran á Nos, y a los Reyes que de Nos vinieren, para la interpretación dellas; porque Nos, vistas las dichas dudas, declararemos y interpretaremos las dichas leyes como conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y al bien de nuestros súbditos y naturales, y a la buena administración de nuestra justicia. Y revocamos la ley de Madrid que habla cerca de las opiniones de Bartolo y Baldo, y Juan Andrés y el Abad, qual dellas se debe seguir en duda a falta de ley; y mandamos, que no se use della”. (Ley 3, Tít., 1, Lib., 2, N.R.). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo séptimo... Op. cit., Págs., 266-267.

¹²⁷ MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español...* Op. cit., Pág., 376-377; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* Op. cit., Págs., 148-150; ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas...* Op. cit., Págs., 690-691; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: *Historia del Derecho Español...* Op. cit., Págs., 895-897; VOZ RECOPIACIÓN en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XLIX. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1986. Págs., 1224-1227; ANTEQUERA, J. M^a: *Historia de la legislación española. Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*. Imprenta de San Francisco de Sales, 4^a edición. Madrid, 1895. (Reimpresión facsímil). Ed. Analecta ediciones y libros SL. Pamplona (Navarra), 2002. Págs., 436-444; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 472-474; GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho...* Op. cit., Pág. 403.

tampoco, el Rey mandará satisfacer a los que les sirven para que no sean damnificados¹²⁸.

Indirectamente, la Novísima Recopilación prohíbe la usurpación de bienes inmuebles abandonados (mostrencos) al ordenar la Ley II, del Título XXII “*De los bienes vacantes y mostrencos*”, del Libro X “*De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias*”, que sean entregados a la Justicia, y si en un año no aparece dueño, dados a la Cámara¹²⁹.

La Ley II, del Título XV “*De los robos y fuerzas*”, del Libro XII “*De los delitos y sus penas; y de los juicios criminales*”, dispone, para mantener la paz y sosiego (orden público), que los castillos y fortalezas son tomados en guarda, encomienda y defensa del Rey, ya sean éstos de los perlados, ricos-hombres, hijosdalgos, órdenes, u otros cualesquiera, prohibiendo que se los tomen, unos a otros, ni ningunos otros, por la fuerza, o por hurto (usurpación); fijando como pena que mueran por ello, y

¹²⁸ Ley I, Tít., XXXIV, Lib., XI.- “*Pena del que por fuerza tomare bienes que otro posea, aunque tenga derecho en ellos.- Si alguno entrare o tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador algún derecho ahí había, piérdalo; y si derecho ahí no había, entréguelo con otro tanto de lo suyo, o con la valía, a aquel a quien lo forzó; mas si alguno entiende, que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en juro o en paz, demándelo*”. (Ley I, Tít., 13, Lib., 4, N.R.). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo noveno... Op. cit., Pág., 542.* Ley II, Tít., XXXIV, Lib., XI.- “*Ninguno sea despojado de su posesión, sin ser antes oído y vencido por Derecho.- Defendemos, que ningún Alcalde ni Juez, ni persona privada no sean osados de despojar de su posesión a persona alguna, sin primeramente ser llamado, y oído y vencido por Derecho; y si paresciere carta nuestra, por donde mandaremos dar la posesión, que uno tenga, a otro, y la tal carta fuere sin audiencia, que sea obedescida y no cumplida; y si por las tales cartas o albalaes algunos fueren despojados de sus bienes por un Alcalde, que los otros Alcaldes de la ciudad, o de donde acaesciere, restituyan a la parte despojada hasta tercero día, y pasado el tercero día, que lo restituyan los Oficiales del Concejo*.” (Ley 2, Tít., 13, Lib., 4, N.R.). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo noveno... Op. cit., Pág., 542.* Ley IV, Tít., XXXIV, Lib., XI.- “*Restitución del despojo de bienes hecho a personas empleadas en servicio del Rey.- Porque aquellos que continúan y siguen nuestro servicio sean seguros en personas y bienes, defendemos, que ninguno ni alguna persona, de qualquier estado y preeminencia que sea, sean osados de entrar ni ocupar de hecho los lugares, tierras, heredamientos ni otra cosa alguna de las personas que así continúan y siguen, y continuaron y siguieron nuestro servicio; y si lo contrario hicieren, mandamos, que sean emendados y satisfechos luego de los bienes que se pudieren haber del tomador, en equivalencia y cantidad de lo que así le fuere tomado; y si bienes del dicho tomador no se pudieren haber, mandamos, que se haga la dicha emienda y satisfacción de los parciales, que fueron con el dicho tomador, en le dar favor, y ayuda y consejo para la dicha toma; y si de los sobredichos no se pudieren haber bienes, Nos les mandaremos satisfacer, porque aquellos que nos sirven no sean damnificados, y otros hayan voluntad de nos seguir y servir*”. (Ley 4, Tít., 15, Lib., 4, N.R.). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo noveno... Op. cit., Pág., 543.*

¹²⁹ Ley II, Tít., XXII, Lib., X.- “*Aplicación a la Real Cámara de las cosas mostrencas cuyo dueño no pareciere en un año.- Toda la cosa que fuere hallada en qualquiera manera mostrenca desamparada, debe ser entregada a la Justicia del lugar o de la jurisdicción que fuere hallada, y debe ser guardada un año; y si dueño no paresciere, debe ser dada para nuestra Cámara*. (Ley 6, Tít., 15, Lib., 6, N.R.). *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo noveno... Op. cit., Pág., 409.*

distinguiendo si se derribaron o no. En el primer caso deben pagar el doble de lo que valía a su dueño; y en el segundo, se debe restituir a aquél a quien se tomó o hurtó, perdiendo el autor, en su caso, el derecho que pudiera tener¹³⁰.

Se protegen las Iglesias prohibiendo que se ocupen por soldados para reclamar o deducir, sus quejas o pretensiones, castigándoles la Ley VII del Título IV “*De la reducción de asilos; y extracción de refugiados a las Iglesias*”, del Libro I “*De la Santa Iglesia; sus derechos, bienes y rentas; prelados y súbditos; y patronato real*”, con la pérdida del derecho o acción que pudieran tener, y corrección a obras o trabajos de las plazas. Tal protección se encuentra regulada con carácter general, en la Ley VI, del Título V “*De los bienes de las Iglesias y Monasterios, y de otras manos muertas*”, del Libro I, castigando únicamente a sus autores si después de requeridos a que los devolvieran, no los tornaban en el plazo de seis días; en cuyo caso se les hacía pagar el doble de lo que tomaron o forzaron, distribuyendo ese duplo entre la Cámara, la Catedral y el Juez¹³¹.

¹³⁰ Ley II, Tít., XV, Lib., XII.- “*Seguro Real concedido a los castillos y casas fuertes de Señores particulares; y pena del que hiciere fuerza u otra violencia en ellos.- Porque los hijosdalgo y buenos hombres, que eran con Nos en estas Cortes, nos pidieron merced, que porque de las casas fuertes, y de los castillos que ellos han, no se pudiese hacer daño ni malfetría, que los tomásemos en nuestra guarda, y encomienda y defendimiento, porque ninguno ni algunos no se atreviesen a tomarse casas ni castillos unos a otros por fuerza ni por hurto, ni se les derribasen; Nos, por les dar lugar que vivan en paz y sosiego, y los malhechores no hallasen esfuerzo en ellos, y por les excusar que no hobiesen de tener en ellos muchas compañías por los guardar, továmoslo por bien. Por ende aseguramos todas las casas fuertes y castillos, que han todos los Perlados y Ricos-hombres, y Ordenes é hijosdalgo, y otros qualesquier de nuestros reynos y del nuestro señorío; y tomárnoslos en nuestro seguramiento y en nuestra guarda: y defendemos, que unos a otros no se los tomen ni otros ningunos; y qualesquier o qualquier que tomare castillo o casa fuerte a otro por fuerza o por hurto, o las derribaren, que mueran por ello; y que sea fecha justicia en él o en ellos, así como en aquellos que quebrantan aseguramiento de su Rey y su Señor; y de sus bienes, que peche el castillo o la casa con el doblo a su dueño, si la derribare; y si la tomare y no la derribare, que muera por ello, y pierda la demanda que había contra ello, y el castillo o la casa que sea tornada, y entregada a aquel a quien fuere tomada o forzada; y a aquel que en esta pena cayere, que le no acoja ninguno; y si lo acogiere, sea tenudo, el que así lo acogiere, de pechar el castillo ola casa que derribó con el doblo, a cuya fuere la casa o castillo; y si la tomó o hurtó, y no la derribó, que peche, el que lo acogiere, al tanto de lo suyo como vale la casa a aquel cuya fuere, y que sea tenudo de entregar el malhechor a la nuestra Justicia: pero si de alguna o algunas casas fuertes o castillos se hicieren furtos, o robos o malfetrías, y se acogieren y algunos malhechores, que el Merino mayor de aquella tierra, o otro qualquier Juez do fuere la casa y fortaleza, que pasen contra ellos en aquella manera que deben conforme a fuero y Derecho. (Ley 10, Tít., 5, Lib., 6, N.R.). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo décimo... Op. cit., Pág., 38.*

¹³¹ Ley VII, Tít., IV, Lib., I.- “*Extracción de los soldados que se refugian a la Iglesia para reclamar o deducir sus quejas o pretensiones.- 1 Qualesquiera soldados que contra las reglas de buena disciplina y subordinación se retirasen a la Iglesia a deducir desde ellas sus quejas o pretensiones, además de ser extraídos y aplicados por vía de corrección a las obras o trabajos de las plazas, por el tiempo que les falte a cumplir, pierdan por el hecho de haberse refugiado todo el derecho o acción que pudiesen tener a las mismas pretensiones, aunque en su naturaleza sean fundadas y justas, pues deben hacerlas por el conducto de sus Oficiales y Gefes. 2 El soldado que promoviere especies que puedan alterar la*

De la alteración de términos o lindes de los pueblos se ocupa el Título XXI “*De los términos de los pueblos: sus visitas; y restitución de los ocupados*”, del Libro VII “*De los pueblos; y de su gobierno civil, económico y político*”. Tras recogerse con carácter general en la Ley I la prohibición de despojo a los pueblos, sin haber sido oídos y vencidos en juicio, la Ley V ordena que cuando un Concejo se quejare de que otro Concejo, caballeros, u otras personas, toman y ocupan injusta e indebidamente los lugares, jurisdicciones, términos, prados, pastos y abrevaderos de los lugares que comarcan con ellos, o cualquier cosa de ellos, o que los propios vecinos y naturales de las ciudades, villas y lugares donde viven toman y ocupan sus términos, el Corregidor, Juez o Pesquisador, en el plazo de treinta días, averigüe la verdad por escrituras, testigos, u otras vías, y si hallare que la toma u ocupación es verdadera restituya al Concejo la posesión libre y pacífica, y que lo ampare y defienda en ella; así como que si se hiciere resistencia contra la sentencia o mandamiento, se pierda el derecho que se pudiese ostentar, otro tanto de su estimación y el oficio que tuviere, y en caso de no tenerlo, el tercio de sus bienes, y si no tuviese ningún derecho, se pague la estimación de ella con otro tanto¹³².

obediencia y disciplina si hubiere tomado Iglesia, será extraído baxo caución, y como genio perjudicial en el regimiento o compañía se le aplicará por vía de corrección a las citadas obras o trabajos de la plaza por el tiempo que le faltare a cumplir. Y mando, que por la vía de mis Consejos y Cámaras de Castilla é Indias se comunique a los Prelados de mis dominios con especial encargo, como a los demás Eclesiásticos seculares y Regulares a quienes competa, que unan sus disposiciones a las de los Gefes y Comandantes militares para la pronta extracción (con el respeto debido a la Iglesia) de los soldados, que sin crimen precedente se refugiaren para reclamar o deducir sus pretensiones, buscando la inmunidad para cometer desde ella, con ofensa de la misma Iglesia, un insulto contra la subordinación y disciplina tan necesaria para la conservación y defensa de los mismos dominios”. Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo séptimo... Op. cit., Pág., 22. Ley VI, Tít., V, Lib., I.- “No se tomen ni fuerzen los bienes de las Iglesias, Monasterios y personas eclesiásticas.- Qualesquier forzadores y tomadores que forzaren y tomaren algunos bienes de las Iglesias, y Monesterios y personas eclesiásticas, que siendo requeridos, fasta seis dias del día que fueren requeridos, si no tornaren, y ficieren emienda y satisfacción de lo que así tomaren y forzaren; mandamos a los nuestros Adelantados y Merinos, y Justicias de las nuestras ciudades, villas y lugares donde acaesciere, que fagan execucion en bienes de los dichos forzadores y tomadores, y les fagan pagar con el doblo todo lo que así tomaren y forzaren, y vendan sus bienes como por nuestro haber, y paguen a quien recibió el daño y fuerza lo que le tomaron y forzaron; y el doblo que se reparta en esta manera, la tercera parte para nuestra Cámara, la otra para la obra de la Iglesia catedral del obispado donde esto acaesciere, y la otra para el Juez y Oficial que la dicha entrega ficiere: y mandamos a las Justicias, que fagan sanas las ventas que sobre esta razón se ficieren”. (Ley 9, Tít., 12, Lib., 8, N.R). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo séptimo... Op. cit., Pág., 26.

¹³² Ley I, Tít., XXI, Lib., VII.- “Prohibición de despojar a los pueblos de los términos y aldeas que posean, sin preceder su audiencia y decisión en juicio.- Mandamos, que los Concejos, ciudades, villas y lugares que tuvieran compradas o ganadas por tiempo algunas aldeas, o fortalezas o términos, estando en posesión dello, no sean desapoderadas dellos, sin que sean llamadas y oídas, y librado el derecho de cada uno por fuero y Derecho: y si fueren de hecho despojados, sean restituidos sin alongamiento de audiencia y juicio”. (Ley 6, Tít., 5, Lib., 7, N.R.). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo

octavo... *Op. cit.*, Pág., 506. Ley V, Tít., XXI, Lib., VII.- “Orden que ha de observarse para la restitución de los términos ocupados a los pueblos. Los Procuradores de las ciudades y villas de nuestros Reynos se quejaron por su petición en estas Cortes, diciendo, que unos Concejos a otros , y algunos caballeros y otras personas, injusta y no debidamente, toman y ocupan los lugares, jurisdicciones, términos, prados, pastos y abrevaderos de los lugares que comarcan con ellos o qualquier cosa dellos; y lo que peor es, que los mismos naturales y vecinos de las ciudades, villas y lugares donde viven, toman y ocupan los términos dellas: y aunque los pueblos sobre esto se nos han quejado, y sobre la restitución de la posesión han habido sentencias, que no son executadas; y puesto que de hecho se executasen, luego los poseedores, que primero las tenían, las tornan a ocupar como solían, de manera que a los pueblos se les recrescen dos daños; el uno es la toma y ocupación de sus términos; el otro es las costas baldías que hacen para los cobrar. Y porque somos informados, que muchas ciudades, villas y lugares de nuestros Reynos, especialmente nuestra Corona Real, están mucho desapropiadas y despojadas de los dichos sus lugares y jurisdicciones, y sus términos, prados, pastos y abrevaderos; y como quier que tienen sobre ello sentencias, no pueden alcanzar la execucion dellas : por ende Nos, queriendo remediar y proveer sobre esto, ordenamos y mandamos, que quando algún Concejo se quejare, que otro Concejo, o algunos caballeros o otras qualesquier personas les toman y ocupan sus lugares, jurisdicciones y términos, prados, pastos y abrevaderos, y otras cosas pertenescientes al tal Concejo del tal lugar o qualquier cosa dello, que el Corregidor, o otro Juez que dello pudiere o debiere conocer, o el Pesquisidor que sobre ello por Nos fuere dado, llame a la otra parte o partes de quien se querellare , y asigne, y Nos por esta ley les asignamos plazo y término de treinta días por todos plazos, los quales no se puedan prorrogar; dentro de los quales él haya de mostrar y muestre el título o derecho que tiene a los tales lugares, o jurisdicción o jurisdicciones, y términos , prados, pastos o abrevaderos, u otra qualquier cosa común que ocupe; y entretanto el tal Juez o Pesquisidor haga pesquisa simpliciter y de plano y sin figura de juicio; y sepa la verdad por escrituras o testigos, o por otras quantas vías pudiere, que es lo que les está tomado de lo suso dicho pertenesciente al tal Concejo o a su tierra, o al uso y pro común della en qualquier manera, por qualesquier Concejos o personas que dixeren que lo tienen ocupado: y fecha la tal pesquisa, y probanza que dentro de los dichos treinta días fuere tomada, con todo lo que la otra parte hobiere mostrado o probado dentro del dicho término, sin recibir otros escritos ni contradicciones, ni tachas de testigos, ni de las escrituras que por la una y por la otra parte fueren presentadas , si hallare, que la toma o ocupación de los dichos términos o lugares, o de las cosas suso dichas o qualquier dellas es verdadera, o que el dicho Concejo fue despojado de la posesión dello, que luego sin otra figura de juicio, y sin conclusión de causa, y sin dilación alguna torne y restituya, y haga tornar y restituir al tal Concejo la posesión libre y pacífica de aquello que hallare que fue despojado, y le fue y está tomado y ocupado, y meta y ponga en la posesión de todo ello a su Procurador en su nombre, y los ampare y defienda en ella; y no consienta ni permita, que les sea ocupada ni perturbada por el otro Concejo, o persona que la solía tener ocupada, ni por otra alguna, ni que sobre ello se inquieten ni perturben , ni hagan prendas ni resistencia alguna; y si de hecho tentaren de la hacer, mandamos, que les sea resistido, y demás que les pongan pena, la qual Nos por la presente les ponemos: y que por el mismo hecho el tal ocupador que hiciere resistencia contra la dicha sentencia o mandamiento, o fuere contra ella, pierda y haya perdido qualquier derecho que tuviere, o pretendiere haber (si lo tuviere) al señorío o propiedad de la cosa sobre que contiene, y otro tanto de su estimación; y que pierda el oficio que tuviere, así de Nos como de qualesquier ciudades, villas y lugares; y si no tuviere oficio, pierda el tercio de sus bienes para nuestra Cámara: y si no tuviere derecho alguno a la dicha cosa sobre que contiene, que pague la estimación della con otro tanto, la mitad dello para el Concejo con quien contendiere, la otra mitad para la nuestra Cámara y Fisco, y mas que incurra en las otras penas suso dichas. Lo qual todo mandamos, que así se haga y cumpla, aunque la parte, que tuviere hecha la tal ocupación, apele del tal Juez pesquisidor , y de la sentencia que diere, o la diga ninguna, o use de otro qualquier remedio contra la tal sentencia; y otrosí no embargante que haya alegado o alegare sobre la dicha causa pendencia de pleyto ante Nos en el nuestro Consejo o en la nuestra Audiencia, o ante otros qualesquier Jueces, y no embargante otras qualesquier causas o razones que alegare para impedir la tal execucion; quedando todavía su derecho a salvo, si alguno tuviere, en quanto a la propiedad, para que venga o envíe a alegar o mostrar ante Nos en el nuestro Consejo quanto entendieren que les cumple; pero entretanto, que todavía execute la dicha sentencia o mandamiento realmente y con efecto. Y en quanto á las sentencias que hasta aquí están dadas sobre las cosas suso dichas , o qualquier dellas por qualesquier Corregidores o Jueces o Pesquisidores, así del tiempo de los Señores Reyes Don Juan , y el Rey Don Enrique, o qualquier dellos, como de Nos; mandamos, que si las dichas sentencias son ya executadas y traídas á debido efecto, que las otras partes, a quien toca, sean oídas sobre la propiedad; y entretanto, que los Concejos, en cuyo favor fueren dadas, tengan la posesión, como dicho es, sin embargo de qualesquier pendencias que en primera instancia y en grado de apelación, o en otro qualquier estado están pendientes: pero si hasta aquí no han sido

No se puede adquirir una heredad, por el mero transcurso del tiempo, si alguno la tuvo o poseyó a empeño o, encomienda, arrendada, o forzada, según dispone la Ley I, del Título VIII “*De las prescripciones*”, del Libro XI¹³³.

2.- Codificación penal

2.1.- Orígenes de la codificación penal en España

2.1.1.- CÓDIGO FERNANDINO

Bajo la dinastía borbónica se exteriorizó la necesidad de una nueva codificación¹³⁴. En 1752, reinando Fernando VI, el Marqués de la Ensenada proponía

executadas ni han habido efecto, queremos, que si las tales sentencias fueron dadas siendo las partes llamadas y oídas, que todavía sean executadas, sin embargo de qualquiera apelación que esté interpuesta, y de qualquier pendencia que sobre ello haya; quedando todavía su derecho a salvo a las partes en quanto a la propiedad, como dicho es: pero si las tales sentencias fueron dadas sin llamar y sin oír a las partes que poseían, mandamos, que en tal caso se torne la causa a comenzar de nuevo según el tenor de aquesta ley. Y mandamos a las dichas partes a quien toca, que sobre la posesión de las tales cosas, que así hubieren restituido, ó hobieren de restituir, no hagan resistencia, ni la tomen ni ocupen por su propia autoridad, ni inquieten ni perturben en ella al Concejo o Concejos, ni a los vecinos y moradores del por quien ha seido o fuere dada, hasta que sea la causa de la propiedad vista y determinada, so las penas de suso contenidas. Y porque estas causas de términos hayan mas breve expedición, mandamos a las partes que interpusieren apelación, o se agraviaren de las sentencias o mandamientos que sobre esto fueren dados, que parezcan ante Nos en el nuestro Consejo en el término del Derecho, y prosigan su causa, si quisiesen; y que entretanto otro Juez ni Jueces algunos de la nuestra Casa y Corte y Chancillería no se entremetan de conocer ni conozcan de los tales pleytos ni demandas, ni empachen el conocimiento y execucion dellas á los Jueces executores que Nos sobre las tales causas hobiéremos dado”. (Ley 3, Tít., 7, Lib., 7, N.R.). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo octavo... Op. cit., Págs., 507-508.

¹³³ Ley I, Tít., VIII, Lib., XI.- “*Los tenedores de la cosa empeñada, depositada, arrendada y forzada, no puedan alegar prescripción de ella.- Si alguno tuvo o poseyó alguna heredad, o otra cosa a empeños o encomienda, o arrendada o alogada, o forzada, no se pueda defender por tiempo; que estos tales no son tenedores por sí, mas por aquellos de quien la cosa tienen*”. (Ley 4, Tít., 15, Lib., 4, N.R.). Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo noveno... Op. cit., Pág., 459.

¹³⁴ “De los tres sistemas de legislación, consuetudinaria, recopilada y codificada, es la codificación el último que ha aparecido. Nacen las reglas jurídicas en la conciencia social, como reflejo del sentimiento y de la idea de lo justo existentes en el hombre por virtud de la ley natural, y se concretan en forma de costumbres, que al ser recogidas por los órganos adecuados y más o menos rudimentarios, dan origen a las leyes; la diversidad de éstas trae consigo la necesidad de reunir las o copiarlas, según un orden determinado, pero conservando cada ley su personalidad, de modo que sólo están unidas entre sí por la analogía de las materias o por el orden cronológico en que fueron promulgadas..., pero sin formar un verdadero organismo. Mas como la serie de leyes continúa sucediéndose, y las costumbres produciéndose, resultan a veces antinomias entre las leyes y las costumbres, por lo cual se hace preciso resolverlas, armonizando las unas con las otras, para lo que se recurre a la codificación. Entiéndase por esta el hecho de reunirse las leyes, correspondientes a cada rama jurídica del Derecho positivo de un pueblo, en un todo orgánico y armónico, es decir en una sola ley (por lo general muy extensa) que

reducir a un volumen las leyes de la Nueva Recopilación, suprimiendo las leyes derogadas y las que no estaban en uso, así como insertando las que faltaban; llamando *Código fernandino o ferdinando* al que así se formase, previo encargo de su elaboración a una junta compuesta de ministros del Consejo. Señaló, además al monarca el vicioso método que en las universidades se seguía para estudiar la jurisprudencia, la inutilidad de las medidas dictadas por el Consejo para remediar este daño, el desdén con que se miraba el cultivo del derecho patrio del que ninguna cátedra existía, la ignorancia de los jueces y abogados cuando comenzaban a ejercer sus cargos o a desempeñar su profesión, la necesidad de poner remedio a este mal designando unas instituciones por las que se aprendiera el derecho español, y por último, recomendó la creación de una cátedra en que se enseñara también el derecho público, fundamento, decía, de todas las leyes. Aunque los proyectos de este ministro quedaron sin efecto alguno, y la jurisprudencia española adelantó muy poco todavía en el terreno de la práctica, en la teoría comenzó a desenvolverse de una manera hasta entonces desconocida¹³⁵.

comúnmente recibe el nombre de Código, si bien en algunos casos conserva el nombre de ley (y así decimos en España ley de enjuiciamiento civil y ley de enjuiciamiento criminal, a pesar de que son verdaderos códigos de derecho adjetivo). El proceso de codificación se inicia en Alemania, correspondiendo a Leibnitz la prioridad de haber pensado en un plan uniforme de legislación. Esta idea de Leibnitz arraigó entre los jurisconsultos merced al influjo de sus doctrinas filosófico-jurídicas, desarrolladas por Wolf (escuela filosófica o abstracta), considerándose entonces el derecho natural como la fuente jurídica más fecunda para llenar el contenido de los códigos... Las ventajas que ofrece la codificación sobre los otros sistemas legislativos, son innegables, pues por estar encerrada cada rama jurídica en un código y formándose éste con unidad de legislador y de época, con orden lógico y enlace sistemático entre las diversas partes, y teniendo además relativamente poca extensión, se llega más pronto y fácilmente al completo conocimiento de la materia, ya que se simplifica su estudio, y a una mejor y más fácil aplicación de las reglas jurídicas, ya que estando éstas ordenadas es más fácil buscarlas y encontrarlas". VOZ CODIFICACIÓN en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XIII. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985. Pág., 1243. La idea de la codificación (*Kodifikationsstreit*) es más antigua que su precisión terminológica, pues, la palabra codificación no fue empleada hasta 1807 por Jeremías Bentham, y no entra en Alemania hasta pasadas varias décadas. Thibaut utiliza la palabra *Kodifikation*, por primera vez, en 1838. Para hablar de codificación, tanto Thibaut como Savigny hablan de legislación (*Gesetzgebung*), y para referirse al Código hablan de "libro nacional de leyes" (*National-Gesetzbuch*). PAU, A.: *Thibaut y las raíces clásicas del Romanticismo*. Ed. Trotta. Madrid, 2012. Págs., 61-69. En la Europa ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII y desde entonces hasta nuestros días, se ha generalizado dentro del pensamiento jurídico de la Ilustración, y aún más con arreglo al pensamiento liberal, el concepto de Código como "ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada". TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español... Op. cit.*, Págs., 465-468. Vid., FERRER Y VALLS, F.: *Principios de legislación y codificación, extractados de las obras del filósofo inglés Jeremías Bentham*. Imprenta de D. Tomás Jordán. Madrid, 1834; ANTEQUERA, J.M.: *La codificación moderna en España*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1886.

¹³⁵ "En 1754 cayó el marqués de la Ensenada y el equívoco "código fernandino" no pasó adelante... Si bien el nombre da a entender que se trataba de llevar a cabo algo situado en la línea de la codificación ilustrada, pienso por el contrario que la idea de Ensenada era otra, consistente... en la realización por medio de una Junta de ministros de una "Nueva Recopilación"... Al margen, pues, de la palabra "Código" que ha desorientado a muchos historiadores, parece que la propuesta de Ensenada consistía en la elaboración de lo que hubiera debido denominar "recopilación fernandina"... Sin embargo... Agustín de

2.1.2.- PLAN DE CÓDIGO CRIMINAL DE 1787

La idea codificadora, tal y como modernamente se entiende, surge en el triunfo de la Ilustración, es decir, en el último tercio del siglo XVIII. Este es el momento en que los gobernantes “ilustrados” se aprestan a reformar la legislación criminal, a fin de ponerla en consonancia con las nuevas ideas.

Hordeñana, amigo de Ensenada, escribió en 1752 a Mayans preguntándole si “se sentía con bríos para formar un código de leyes como el prusiano, que se llama Federico”, y como otros códigos modernos... Mayans sabía perfectamente lo que era un “código ilustrado”... pero no aceptó formalmente el ofrecimiento”. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español...* Op. cit., Pág., 396. Cfr., GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Elementos de Derecho civil y penal de España. Tomo I...* Op. cit., Págs., 216-217; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* Op. cit., Págs., 148-149; ANTEQUERA, J. M^a.: *Historia de la legislación española. Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*. Imprenta de San Francisco de Sales, 4ª edición. Madrid, 1895. (Reimpresión facsímil). Ed. Analecta ediciones y libros SL. Pamplona (Navarra), 2002. Pág., 435; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I*. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificaciones. Madrid, 1987. Págs., 11-17; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 470-472. La Representación que el Marqués de la Ensenada elevó a Fernando VI, la transcribimos tomada de SEMPERE Y GUARINOS, J.: *Historia del Derecho español. Tomo II...* Op. cit., Págs., 364-365: “La jurisprudencia que se estudia en las universidades, es poco o nada conducente a su práctica; porque fundándose en las leyes del reino, no tienen cátedra alguna en que se enseñen, de que resulta que los jueces y abogados, después de muchos años de universidad entran casi a ciegas en el ejercicio de su ministerio, obligados a estudiar por partes, y sin orden los puntos que diariamente ocurren. En las cátedras de las universidades no se lee por otro texto que el código, digesto, y volumen, que solo tratan del derecho romano, siendo útiles únicamente para la justicia del reino las de instituta, porque es un compendio del derecho con elementos adaptables a nuestras leyes, habiendo el célebre Antonio Pérez formado una con el fin de acortar el tiempo de su estudio. En lugar de las del código, digesto y volumen, se pueden subrogar las del derecho real, con su instituta práctica, reduciéndose a un tomo los tres de la recopilación, respecto de que hay muchas leyes revocadas; otras que no están en uso, ni son del caso en nuestros días; otras complicadas; y otras que por dudosas es menester que se aclaren. Para ésta obra podría formarse una junta de ministros, doctos y prudentes, que con prolijo examen fuesen reglando, y coordinando los puntos de esta nueva recopilación, que podría llamarse el código Fernandino, o Ferdinandino, siendo V.M. el que logre lo que no pudo conseguir su augustísimo padre, por más que lo deseó, para imitar también al gran Luis XIV, cuyo código dio a Francia la justicia que le faltaba. Del modo propuesto, en dos años de instituta teórica, y cuatro de instituta práctica se hallaría cualquiera cursante de medianos talentos con suficientes principios, y luces para seguir la carrera de tribunales, con más seguridad que ahora con treinta años de universidad. En España no se sabe el derecho público, que es el fundamento de todas las leyes, y para su enseñanza se podría formar otra instituta, si no bastase el compendio de Antonio Pérez; y para el derecho canónico se había de establecer, nuevo método sobre los fundamentos de la disciplina eclesiástica antigua, y concilios generales y nacionales; pues la ignorancia que hay en esto ha hecho y hace mucho perjuicio, al estado, y a la real hacienda pública”.

España no fue una excepción en tal corriente general, pues bajo el reinado de Carlos III se acomete también la tarea de formar un Código criminal autónomo que contuviera únicamente leyes de esta naturaleza¹³⁶.

Ya en 1770 empezaron a reunirse los datos para un Código Penal, que no se llevó a cabo. Sostiene CASABO RUIZ, que en este año se inicia oficialmente en España la codificación criminal¹³⁷. Desde entonces circuló por la Corte la idea de “la formación de un Código Criminal o de Leyes Penales”; proyecto que ampararon sucesivamente ministros como Roda, Campomanes y Floridablanca, y en el que intervino en su

¹³⁶ “En el terreno de las realizaciones legislativas podrían apuntarse varias disposiciones del reinado de Carlos III. Ninguna tan expresiva como la Orden del ministro don Manuel de la Roda dirigida en 1776 al Consejo de Castilla solicitando información sobre algunos temas penales que preocupaban por aquel tiempo en todo el mundo ilustrado: proporcionar las penas a los delitos (a propósito del hurto donde la desproporción era más notoria), conmutación de la pena capital... por otro castigo de duración para más permanente ejemplo, todo ello encaminado a “la formación de un Código criminal un que se compilen todas las leyes penales””. ANTÓN ONECA, J.: << Historia del Código Penal de 1822 >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo 2, mayo-agosto 1965. Pág., 264. Vid., SEMPERE Y GUARINOS, J.: *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III. Tomo 1-6*. Imprenta real. Madrid, 1785-1789. “Si bien a la Novísima Recopilación se le da frecuentemente el nombre de Código, y realmente puede dársele en el sentido en que le llevan el Código *repetitae praelectionis* [compilación de constituciones imperiales, hecha por orden de Justiniano y que forma la tercera de las cuatro partes que integran el *Corpus iuris civilis*], el Fuero Juzgo, las Ordenanzas Reales de Castilla y la Nueva Recopilación, no lo es en el que en nuestros días recibe esta palabra, que significa, no la reunión en un solo libro de leyes dispersas dadas en diferentes épocas y por distintos legisladores, sino la publicación de una obra homogénea, dominada constantemente por un mismo pensamiento, artísticamente ordenada, notable por su concisión y por el enlace y dependencia de las diversas partes que la forman, redactada al parecer por una sola mano, subordinada siempre a unos mismos principios, y en que borrándose, al menos en la apariencia, la huella de las instituciones antiguas y de los siglos que pasaron, se presente con todo el vigor, con toda la energía y con todos los atavíos de una creación nueva, por más que respetando la tradición y la historia, lleve dentro de sí en su mayor parte la legislación antigua, formulada en términos concisos. En este sentido, son Códigos el Fuero Real y las Partidas, y modernamente el Código de Comercio, el Penal, la Ley de Enjuiciamiento en los negocios y causas de comercio, y la de Enjuiciamiento civil. Así, pues, la Novísima Recopilación no es, en realidad, más que una colección de leyes dispersas, que tiene la sanción de la autoridad pública, de quien recibe autoridad y fijeza, y ya que no responde siempre satisfactoriamente a las cuestiones críticas a que da lugar, al menos en la vida real, en la práctica de los tribunales, proporciona un texto oficial, al que deben sujetarse los que juzgan al aplicar el derecho”. GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *Elementos de Derecho civil y penal de España. Tomo 1... Op. cit.*, Págs., 225-226.

¹³⁷ Al regresar Jorge Juan de su embajada de Marruecos, expuso al rey que muchos de los presidiarios desertaban a bandadas, pasándose a los moros, y renegando para eludir que los moros los entregasen. Por ese motivo, el Rey consultó al Presidente del Consejo para que informase y propusiese las medidas más adecuadas. La Sala de Alcaldes presentó una respuesta el 30 de junio de 1770, señalando que el primer paso para distinguir a los delincuentes y sus destinos era la formación de un Código Criminal o de Leyes Penales en que se graduasen las penas según la gravedad de los delitos, sus cualidades, pruebas y excepciones. El Consejo lo elevó al Rey en la consulta del 25 de septiembre de 1770; y éste, en contestación a la consulta encargó al Tribunal Supremo, que tratase y consultase sobre los medios de hacer una reforma en la jurisprudencia criminal. Con la contestación Real a la consulta del Consejo de 25 de septiembre de 1770, se inicia oficialmente en España la codificación criminal. CASABO RUIZ, J.R.: << Los orígenes de la codificación penal en España: El plan de Código criminal de 1787 >> en *separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1969. Págs., 319-320.

elaboración Lardizábal, al cual se le encomendó tanto este trabajo, como la formación de un tomo cuarto de la Recopilación donde recogiera y ordenara por Libros y Títulos de la Recopilación los Decretos, providencias generales, Cédulas y Autos acordados desde 1745 en adelante. Los trabajos de la Junta nombrada al efecto para colaborar con Lardizábal concluyeron su tarea recopiladora el 26 de octubre de 1785; y el 29 de marzo de 1787 elevaron a Floridablanca, para su aprobación el plan del futuro Código criminal¹³⁸. La revolución francesa (1789) puso freno a todas las reformas ilustradas emprendidas en España. A ello contribuyó el hecho de que la Inquisición española, por edicto de 7 de marzo de 1790, incluyera entre los libros prohibidos la obra de FILANGIERI “*Ciencia de la Legislación*”, la cual tuvo gran influencia en el plan del Código criminal¹³⁹.

¹³⁸ La Junta nombrada al efecto para colaborar con Lardizábal se hallaba Formada por los Srs. Fernando de Velasco, Blas de Hinojosa, y Miguel de Mendinueta. Vid., LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Imprenta de Joaquín Ibarra. Madrid, 1782; ANTÓN ONECA, J.: << El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal >> en *separata de la Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 174, julio-septiembre de 1966. Madrid, 1967; MENÉNDEZ PELÁEZ, J. (COORD.): *José Moñino y Redondo. Conde de Floridablanca (1728-1808). Estudios en el bicentenario de su muerte*. Ed. Fundación Foro Jovellanos del Principado de Asturias. Cuadernos de Investigación. Monografías, VII. Gijón, 2009. “El prolixo y detenido examen que para esto ha sido preciso hacer de todas las leyes criminales del Reyno, ha hecho ver a la Junta la necesidad, no sólo de alterar muchas penas, por estar enteramente anticuadas y sin uso alguno, de donde resulta necesariamente inmoderado y perjudicial el arbitrio en los Jueces y Tribunales; sino de dar también a dichas leyes nueva forma y método, respecto a que no tienen ninguno en la Recopilación, pues se hallan esparcidas y dislocadas por todos sus libros y títulos. Para esto ha creído la Junta indispensable formar un cuerpo separado de legislación criminal sin mezcla de otra cosa alguna, el cual comprenda, no sólo los delitos y las penas que les corresponden; sino también lo concerniente a las pruebas de los delitos y a la substanciación de los procesos criminales, dividido por partes, títulos, y leyes con buen orden, método y claridad y con toda la concisión posible, de suerte que cualquiera pueda imponerse con facilidad en esta importante parte de la legislación”. Extracto del escrito de remisión elaborado por la Junta tomado del trabajo publicado por CASABO RUIZ, J.R.: << Los orígenes de la codificación penal en España: El plan de Código criminal de 1787 >>... *Op. cit.*, Pág., 331.

¹³⁹ También se incluyó la traducción al castellano hecha en Madrid, por el Abogado D. Jaime Rubio, en 1787. RUBÍN DE CEBALLOS, A.: *Índice último de los libros prohibidos y mandados expurgar: para todos los Reynos y Señoríos del Católico Rey de las Españas, el Señor Don Carlos IV. Contiene en resumen todos los libros puestos en el Índice Expurgatorio del año 1747, y en los Edictos posteriores, asta fin de Diciembre de 1789. Formado y arreglado con toda claridad y diligencia, por mandato del Excmo. Sr. D. Agustín Rubín de Cevallos, Inquisidor General, y Señores del Supremo Consejo de la Santa General Inquisición: impreso de su orden, con arreglo al Exemplar visto y aprobado por dicho Supremo Consejo*. Imprenta de Don Antonio de Sancha. Madrid, 1790. Págs., 293-294. Vid., ANTEQUERA, J. M.: *Historia de la legislación española. Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días...* *Op. cit.*, Págs., 513-514; CASABO RUIZ, J.R.: << Los orígenes de la codificación penal en España: El plan de Código criminal de 1787 >>... *Op. cit.*, Págs., 313-342; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español...* *Op. cit.*, Págs., 395-397; HERNÁNDEZ MARCOS, M.: << Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787 >> en *Res publica*. Núm. 22, Floridablanca y su época. Murcia, 2009. Págs., 39-68; VOZ ESPAÑA en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XXI. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1987. Pág., 807; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I*. Madrid, 1968. Pág., 195; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)*. Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Volumen 13. 2ª edición corregida y aumentada. Valladolid, 1954.

2.1.3.- PERIODO PREVIO A LA CODIFICACIÓN PENAL

Hasta principios del siglo XIX todo el derecho civil, penal, mercantil y procedimientos respectivos hallábase mezclado y confundido en el Fuero Juzgo, Fueros municipales, Fuero Real, Las Partidas, en la Nueva Recopilación de 1567, aumentada en su sexta edición de 1745 con los Autos acordados del Consejo, en la Novísima Recopilación, y en diversas Ordenanzas¹⁴⁰.

La ausencia de un criterio unificador en tales leyes y las nuevas exigencias históricas: penetración de ideas revolucionarias francesas, y renovación de las doctrinas penales¹⁴¹, exigían la instauración de un modo distinto en la lucha contra el delito y en la calificación de los supuestos hechos penales; la codificación penal.

Pág., 120; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I...* Op. cit., Págs., 17-32; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 577-578.

¹⁴⁰ “Puede, sin embargo, asegurarse que, a pesar de que el Fuero Real, el Fuero Juzgo, según la opinión más recibida, y los Municipales donde fueron usados y guardados, tenían legalmente preferencia sobre las Siete Partidas, este Código y las Pragmáticas contenidas en las Recopilaciones era lo único que se citaba y se aplicaba en lo criminal, cuando el uso, la práctica o la arbitrariedad de los Tribunales no lo modificaba y corregía, como venía sucediendo antes de la publicación de la Novísima y sucedió después”. SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Parte segunda*. 2ª edición notablemente aumentada con todas las disposiciones legales publicadas hasta el día, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo corregida por el autor y por D. Eugenio Silvela. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1903. Pág., 28.

¹⁴¹ “Igualmente el espíritu de la Ilustración, humanitario y reformista, aleteó sobre el campo del Derecho penal, el más necesitado de reforma como símbolo de toda la crueldad y atraso del Antiguo Régimen. Recogiendo la herencia iusnaturalista ilustrada y la experiencia práctica de las libertades inglesas, Montesquieu divulgaría en su obra *De l'esprit des lois* (1748) los principios de una nueva cultura penal estrechamente vinculada a la libertad política. Sus ideas penales, mesuradas, prudentes, racionales, sentaron la premisa de la equiparación de la ley penal con la política, estableciendo la correlación severidad-despotismo, moderación-gobierno templado, que hubo de influir con singular eficacia en unos países que huían ante todo de la tacha de tiranía y despotismo. Muchas de sus ideas, expresadas con su peculiar *esprit de modération*, acabaron por formar parte del patrimonio penal de la Ilustración: la necesaria prevención de los delitos más allá de la simple preocupación por sancionarlos; la aplicación de penas *douces* ante la constatación de que, más que del rigor de las penas, la relajación de las costumbres provenía de la impunidad de los delitos; la exclusión de la leyes penales por causa de religión por tener ésta sus propias penas espirituales que en todo caso debían respetar la libertad de conciencia y el espíritu paternal de los preceptos evangélicos (vulnerado con las leyes y la práctica de la Inquisición en las monarquías católicas de España y Portugal); la necesaria proporción de las penas con la gravedad del delito, o la aversión al principio inquisitivo y a la prueba de la tortura. Difundidos principios similares por Voltaire o Rousseau, quien vinculó el delito y la pena a una hipotética ruptura *Du contrat social* (1762), a partir del principio de que «todo malhechor, al atacar el Derecho social, se transforma por sus fechorías en rebelde y traidor a la patria, y con la violación de sus leyes cesa de ser un miembro de ella, e incluso le hace la guerra. Desde este momento la conservación del Estado incompatible con la suya, siendo necesario que uno de los dos perezca muriendo el culpable menos como ciudadano que como enemigo».

El primer paso para la reforma del Derecho Penal fue la Constitución de Bayona de 6 de julio de 1808 al recoger en su texto la idea codificadora, pero que por haberse tenido la referida carta otorgada por una parodia de representación nacional y un alarde

El proceso y el juicio son testimonio de que rompió el contrato social. Fue sin embargo la obra del Marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), la que fijó de manera elemental pero efectiva la nueva doctrina deducida del pacto social. Prescindiendo, como Rousseau del «inmenso y fatigante» estudio científico del Derecho penal, su aportación se limitó mostrar los principios generales de en Derecho necesitado de reforma. A la luz de la razón crítica analiza la pena, cuya teoría general enuncia sobre la base del deber ser: «pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por la leyes». La utilidad de las penas y la gravedad de los delitos marcan los límites respectivos de la justicia y del daño social. El delito debe ser mejor prevenido que castigado mediante el recurso a leyes claras y a la educación, capaz ésta por sí misma de comportar el conocimiento del bien y el rechazo del mal, identificado con el delito. El eco doctrinal de la obra fue muy vivo en la Francia de la nueva filosofía (Voltaire, Diderot, Brissot, Mirabeau, Muyart de Vouglans); en la Italia del *Código leopoldino* (*Riforma della legislazione criminale toscana*, 1786), considerado el primer Código penal moderno, o de los protocolos de gobierno del Estado lombardo elaborados en parte por el mismo Beccaria; en la Alemania de Hommel, en la Austria de Sonnenfels, en el Portugal de Melo Freire que pone las bases del futuro *Proyecto de Código Criminal* con sus tardías *Institutiones iuris criminalis* (1794) y en la Inglaterra sacudida por la denuncia de una situación penitenciaria común al resto de las naciones europeas del filántropo J. Howard (*The State of Prisons in England*, 1770). Pero la obra tuvo un significado especial en la nación que encarnaba como ninguna otra el espíritu penal del Antiguo Régimen, España, punto de mira especialmente crítico de los filósofos modernos. En ella, en sintonía con el movimiento general de reforma, algunos autores dejaron constancia de su pensamiento humanitario y reformador. Éste fue el caso de Alonso de Acevedo, un doctor *in utroque iure* de la Universidad de Sevilla, que publicó, con licencia del Consejo de Castilla e informe previo favorable de la Academia de la Historia, la obra *De reorum absolutiōe* (1770) en la que fijó, como principio fundamental extraído de la nueva doctrina penal humanitaria, que la tortura era opuesta a los derechos de la naturaleza y a los pactos solemnes de las sociedades. Su propuesta de abolir el tormento en toda clase de juicios, incluidos los eclesiásticos, con su censura implícita a la práctica de los tribunales de la Inquisición, hizo salir al canónigo Pedro de Castro en *Defensa del tormento*, obra que contó con el informe favorable del Colegio de Abogados de Madrid (1778) que, en su censura, se mostró renuente a aceptar unas tesis que iban contra la legislación vigente y la práctica de los tribunales. En todo caso, a la obra de Acevedo siguió, por inspiración de Campomanes, la traducción de la obra más representativa del nuevo pensamiento penal, *Dei delitti e delle pene*, en 1774, diez años después de su publicación y traducción a las principales lenguas europeas, aunque ya antes circulara en italiano entre los ilustrados de la nación. A la causa de la reforma de la legislación penal se sumaron por entonces diversos esfuerzos: dramas, como *El delincuente honrado* de Jovellanos que vino a recuperar la función social del teatro, el *Discurso sobre las penas* (1782), de Lardizábal, los discursos de Forner contra la tortura y los discursos forenses de Meléndez Valdés, las opiniones de Sempere, las *Cartas* de Valentín de Foronda instando a la reforma del procedimiento penal sobre la base de las garantías establecidas en el Derecho inglés y las reflexiones histórico jurídicas de Martínez Marina que, en conjunto, prepararon el camino de la abolición de la tortura (1811) y de la codificación penal humanitaria (1822). Con cierto valor de símbolo universal, la Revolución francesa acogió los principios humanitarios de la Ilustración en el Código penal de 1791, sustituido después, en el curso de la codificación napoleónica, por el Código penal de 1810 que entró en vigor en 1811 junto con el de instrucción criminal. Paralelamente, en la Baviera del nuevo siglo se prepara la codificación penal con la Ordenanza de 1806 y la redacción del proyecto de Código penal de Feuerbach (1807), finalmente aprobado en 1813. El nuevo Derecho penal de la codificación, filosófico, humanitario, legalista (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), formalista y conceptual, iniciaba su larga proyección europea y universal”. CORONAS GONZÁLEZ, S. M.: << Introducción. Cuarta parte. Juristas del siglo XVIII (de Montesquieu a Savigny) >> en *Juristas universales. Volumen II. Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasius a Savigny*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2004. Págs., 550-552.

de fuerza de Napoleón en el terreno legislativo, no llegó a tener vigencia entre nosotros¹⁴².

Ya en la primera década del siglo XIX comenzó a germinar con más fuerza en nuestra patria la idea de la codificación parcial moderna, creándose en 1811, como resultado de la proposición formulada por el SR. ESPIGA Y GADEA en la sesión de las cortes de 9 de diciembre del año anterior diversas comisiones para reformar la legislación en tal sentido, no llegando a nombrarse las personas que había de constituir las hasta la sesión del 23 de septiembre del 1812. Si bien, la reforma de la legislación criminal no se realizó, por entonces, debido a las circunstancias críticas de la guerra y la ocupación en los debates sobre la Constitución.

El camino de las reformas se aborda ya por las Cortes de Cádiz. Además de abolir el tormento (ya ciertamente de poco uso), los azotes, la horca, la confiscación y el Tribunal especial de Santo Oficio, se propusieron también elaborar un Código penal¹⁴³.

¹⁴² “Título XI “Del orden judicial”. Artículo 96.- *Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales.*” DE ESTEBAN, J.: *Las Constituciones de España*. Ed. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición. Madrid, 2000. Pág., 114.

¹⁴³ “Los legisladores de las Cortes de Cádiz trataron de implantar los principios liberales y romper la línea tradicional que había prevalecido en el Supremo Consejo de Castilla al adoptar la Novísima Recopilación... Existe un reconocimiento de inferioridad y de admiración hacia Francia principalmente, cuyas leyes y organización se trata de transplantar, debilitando el pensamiento y derecho nacional típico”, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1... Op. cit.*, Pág., 33. “Las Cortes de Cádiz son para unos la revolución, la copia de la barbarie francesa de 1789, una rapsodia de la Enciclopedia, sin guillotina; para otros, aquellas asambleas fueron un trasunto de las Comunidades y de las Gernianías, la continuación del sistema político de nuestras libertades, que tres siglos de despotismo no habían podido arrancar del corazón del pueblo. Si se omiten en nuestra Historia trescientos años de la tiranía que empezó en la rota de Villalar, las Cortes de Cádiz parecen natural consecuencia de las Cortes de Castilla, Aragón, León, Cataluña y Valencia; es el pueblo mismo que, siguiendo antiguas usanzas, se reúne otra vez para legislar y definir el derecho que ha de constituir la norma de su vida”. COMENGE, R.: *Antología de las Cortes de Cádiz. Tomo I*. Establecimiento tipográfico, hijos de J.A. García. Madrid, 1909. Pág. XII. Sea de una o de otra manera, “constituida la Asamblea de los representantes del país, primero en la isla de León y después en Cádiz, proclamaron el principio de soberanía nacional, y no sin conflictos dieron comienzo a su tarea legislativa, que transformó la vida política de España. Fruto de su labor, entre otras muchas disposiciones, fue la Constitución de 1812, jurada el 19 de marzo de este año, que resume las ideas liberales predominantes entre los miembros de la Asamblea”. PÉREZ BUSTAMANTE, C.: *Compendio de Historia de España... Op. cit.*, Pág., 479. La elaboración del Código Penal fue consecuencia del mandato constitucional, al establecerse en el artículo 258 de la Constitución de Cádiz, de 1812: “*El Código civil y criminal y el de comercio serán únicos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*”. DE ESTEBAN, J.: *Las Constituciones de España... Op. cit.*, Pág., 158.

En las Cortes de 1813 y 1814 se dispuso el nombramiento de nuevas comisiones para la codificación penal, civil y mercantil de España en cumplimiento de lo preceptuado por *la Pepa*; mas nada se llevó a término, bien fuera por las turbulencias de la época, bien por los urgentísimos asuntos que en aquellas Cortes fueron objeto de discusión.

Restablecido el régimen monárquico absoluto (1814) con la negativa de D. Fernando VII a jurar la Constitución, y disueltas las Cortes por Decreto de 4 de mayo, se insistió en los anteriores trabajos codificadores, dando orden el mencionado monarca al Consejo de Castilla, por medio del Real decreto de 2 de diciembre del 1819, de uniformar la legislación penal y dictando disposiciones sobre el modo y forma en que se había de hacer, y deficiencias que habían de cubrirse, aunque nada consiguió se hiciera, a pesar de sus disposiciones¹⁴⁴.

A primeros de 1820 se sublevaba Riego en Cabezas de San Juan, iniciándose el período constitucional (1820-1823), durante el cual surgió por otras vías legisladoras, el Código Penal de 1822¹⁴⁵.

¹⁴⁴ “La falta de clasificación discreta en algunos crímenes y la deferencia al prudente arbitrio de los jueces y Tribunales para imponer las penas, en muchos casos en que la ley no las determina, son defectos tales que, abriendo la puerta a la arbitrariedad, son origen de males incalculables. La confiscación absoluta de bienes, la transcendencia de la infamia a los hijos por delitos de sus padres, sin otro fruto que hacer perpetuamente desgraciada una familia, la calificación de indicios sumergida en un insondable piélago de opiniones, en vacila el juez más práctico y conducen al error al que tiene menos experiencia de juzgar, son lunares de legislación que debe borrar mi paternal desvelo”, palabras del mencionado decreto, transcritas en GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, J.: *Historia de la codificación penal española y ligera crítica del Código vigente. Discurso leído y mantenido en la Universidad central el día 2 de julio de 1902 para obtener el grado de Doctor en la Facultad de Derecho*. Imprenta de los hijos de M.G. Hernández. Madrid, 1907. Págs., 8-9.

¹⁴⁵ Cfr., DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I...* Op. cit., Págs., 173-174 y 195-196; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)...* Op. cit., Págs., 96-97 y 120-121; GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, J.: *Historia de la codificación penal española y ligera crítica del Código vigente. Discurso leído y mantenido en la Universidad central el día 2 de julio de 1902 para obtener el grado de Doctor en la Facultad de Derecho...* Op. cit., Págs., 7-9; VOZ CONSTITUCIÓN en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XV. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985. Págs., 22-23; VOZ ESPAÑA en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XXI. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1987. Pág., 807; ANTEQUERA, J. M.: *Historia de la legislación española. Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días...* Op. cit., Págs., 513-514; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español...* Op. cit., Págs., 483-488; SÁNCHEZ, G.: *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes...* Op. cit., Págs., 175-176; MINGUIJÓN, S.: *Historia del Derecho español...* Op. cit., Pág., 432; ANTÓN ONECA, J.: << Historia del Código Penal de 1822 >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales...* Op. cit., Págs., 263-267; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I...* Op. cit., Págs., 33-39; GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 523-524; GARCÍA- GALLO, A.: *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho...* Op. cit., Págs. 111-116.

2.2.- La usurpación en los diferentes Códigos Penales españoles

Históricamente la tradición de los Códigos españoles ha sido la de castigar únicamente la ocupación violenta; y ello, salvo el Código Penal de 1848 [y 1850¹⁴⁶] (porque todavía no se contaba con una protección registral eficaz, que vendría posteriormente de la mano de la Ley Hipotecaria de 1861), y el Código Penal de 1928, por la política criminal autoritaria que le inspiraba¹⁴⁷. En el Código Penal de 1870, 1932, 1944, y sus reformas, la conducta podía tipificarse de falta contra la propiedad¹⁴⁸.

2.2.1.- CÓDIGO PENAL DE 1822

A las Cortes de Cádiz, se debe la Constitución de 1812, y a ésta, por mandato de lo establecido en su artículo 258, el primer Código Penal español¹⁴⁹.

¹⁴⁶ También, pese a que no tuvo una vigencia territorial en toda España, el *Código Penal de Carlos VII*.

¹⁴⁷ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág., 200. En contra de este criterio, MANZANARES SAMANIEGO sostiene que la ocupación no autorizada de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o el mantenimiento en ellos contra la voluntad del titular, carece de antecedentes en los Códigos de 1848 y 1850 (como en los de 1870, 1932, 1944, el texto revisado de 1963 y el refundido de 1973), afirmando que sus respectivos artículos se limitaron a castigar a quien realizare la conducta con violencia e intimidación. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >> en *Actualidad Penal*, N° 40, 3-9 de noviembre de 1997, XLIV, 1997-2. Pág., 906. Más adelante analizaremos como el artículo 430 del Código Penal de 1848, y el artículo 441 del reformado Código Penal de 1850, son un precedente inmediato del vigente artículo 245.2 del Código Penal.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ ALBOR y BAZA DE LA FUENTE, citando este último al primero, sostienen que nuestros primeros Códigos Penales estimaron necesaria la tipificación de estas conductas [despojo o usurpación, en sus diversas modalidades], por ser la sociedad de entonces, predominantemente agraria y rural, y no disponer de la suficiente protección real. *Vid.*, FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >> en *Homenaje al Profesor Alfonso Otero*. Estudios jurídicos. Universidad de Santiago de Compostela, 1981. Pág., 408; y BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >> en *Cuadernos de Política Criminal*. N° 57, 1995. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1995. Pág., 896.

¹⁴⁹ Artículo 258.- “El Código civil y criminal y el de comercio serán únicos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. DE ESTEBAN, J.: *Las Constituciones de España... Op. cit.*, Pág., 158.

Si bien, no se logró dar cumplido mandato en el primer período constitucional por la reacción absolutista de 1814, que por decreto de 4 de mayo declaró nulos y sin ningún efecto la Constitución y demás actos legislativos de las Cortes, sepultando, por tanto, los primeros intentos codificadores (proyecto de 1811, presentado por FIGUERA DE VARGAS); fue en el segundo período constitucional (1820-1823), cuando tras proclamar Riego, en el pueblo de Cabezas de San Juan, la Constitución de 1812, se logró tal objetivo.

Restablecida la Constitución de 1812 por las Cortes de Madrid (1820), nombran una comisión (22 de agosto de 1820), la cual elabora un proyecto de Código penal. El Ministro de Gracia y Justicia, señor CALATRAVA, lo presenta; se discute y se sanciona el día 27 de junio, siendo promulgado el 9 de julio de 1822.

El primero de los Códigos Penales españoles, el de 1822, fue palenque en que lucharon las ideas del Antiguo Régimen con las reformistas aportadas por la filosofía de la Ilustración¹⁵⁰.

Se trata de un Código nuevo, no de la recopilación de las leyes existentes en que se pensaba en la época de Carlos III. Pero indudablemente se tuvieron éstas a la vista e influyeron en numerosos pasajes¹⁵¹.

¹⁵⁰ “Cuando la filosofía moderna cambiaba la faz del mundo, cuando su espíritu inquiría el por qué de todas las cosas, cuando la razón ascendía a un solio más elevado que los solios de los reyes; era imposible que sus efectos no alcanzasen a la esfera de esta ley, y que esta ley no se reformara y progresara, en medio de la reforma y del progreso común. Tarde quizá, más tarde que en otras materias, llegó ese acontecimiento que la inteligencia señalaba como preciso; pero llegó en fin, como no podía menos de llegar. A la segunda mitad del siglo XVIII el lombardo Beccaria somete al tribunal del corazón la obra del absurdo y de la ignorancia; poco después, el inglés Bentham la somete al tribunal del análisis. Al mismo tiempo la revolución francesa conmueve y trastorna el mundo. Al reconstituirse aquel estado, Napoleón ordena su inmortal código. La teoría toma posesión de los hechos. La doctrina filosófica es ya la base del derecho penal... El progreso de la legislación penal, el cambio inmenso que en sus doctrinas y en sus disposiciones se ha verificado de ochenta años a esta parte, de nadie es ciertamente desconocido. Las teorías modernas llenan y satisfacen el mundo. Los códigos o las leyes se han multiplicado por donde quiera. Cae la obra de los siglos, y se eleva en su lugar la obra del siglo presente.”. PACHECO, J.F.: *El Código penal concordado y comentado. Tomo I*.- Imprenta de D. Santiago Saunague. Madrid, 1848. Pág., LI.

¹⁵¹ “Que no se intente una variación radical cuando existe mucho que deba conservarse, es un principio que indica el buen sentido, y que la razón más severa aprueba y sanciona. Ni en derecho, ni en política, ni en ningún objeto en fin de los que pueden hacer y deshacer los hombres, es útil ni oportuno un trastorno radical, una destrucción de lo que existe, siempre que lo que existe es bueno o siquiera soportable. La agitación, la destrucción, el trastorno, son males ya de por sí, que acaban con los hábitos, que dan por tierra con los más santos prestigios, que acostumbran a un sendero lleno de vacilación y de zozobras. ¿Quién ha de decir lo contrario? ¿Quién no ha de conocer tan evidente verdad? Pero esa doctrina no tiene

Es un Código científico. La ciencia del Derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejoraba inmensamente la situación penal de la nación. Es difuso, y sacrifica la claridad, la sencillez, el mérito legislativo, a pretensiones artísticas y a un vanidoso aparato literario.

En la discusión de la totalidad, se trataron cuestiones que hoy tienen renovado interés. Si el Código debe llevar el nombre de penal o de criminal. Si las faltas habían de comprenderse en el Código Penal o en uno de policía a ellas especialmente dedicado (tema hoy renovado bajo el lema del Derecho penal administrativo). Si debía hacerse primero el Código civil, porque el penal viene a castigar la infracción de deberes impuestos por los Códigos constitucional y civil (teoría de la naturaleza secundaria del Derecho penal).

Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, tuvo una escasa vigencia. En abril de 1823 pasan la frontera los Cien Mil Hijos de San Luis, y a medida del avance de las tropas se va restableciendo el Gobierno absoluto. Liberado Fernando VII decretó en primero de octubre la anulación de todos los actos del Gobierno constitucional, de cualquier clase y condición¹⁵².

aplicación en el estrecho caso en que hemos colocado nuestro debate. De la legislación penal española, nada era digno de respeto, nada era digno de conservación, ninguna parte se podía reservar para regla de la sociedad futura. Toda, toda entera, se necesitaba trastornarla. Habíamos menester escribir los principios de la ciencia, que no estaban escritos: habíamos menester ordenar sus aplicaciones, que no estaban ordenadas y hechas. El carro de la destrucción y de la reforma debía pasar sobre el edificio ruinoso, porque no había en él apenas un arco, apenas una columna, que pudiera ni debiera conservarse". PACHECO, J.F.: *El Código penal concordado y comentado. Tomo I... Op. cit.*, Pág., LVI. Sostiene PACHECO, "Hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código Napoleón". PACHECO, J.F.: *El Código penal concordado y comentado. Tomo I... Op. cit.*, Pág., LVII. "En los debates se citaron bastantes autores: Bentham, Beccaria, Filangieri en primer término, y alguna vez Lardizábal. El Código había sido principalmente obra de los doceañistas, y como sabemos, Miguel de Lardizábal (y en sospecha también Manuel) se había enfrentado con las Cortes de Cádiz. Pero, además del motivo político, debió intervenir la moda filosófica. Era la época de Bentham, cuyas doctrinas habían sido divulgadas en España por el profesor Salas y el bibliotecario Núñez de la Universidad de Salamanca. Añádase que Lardizábal era partidario de las reformas parciales, de hacer un cuerpo legal que respetase en parte la legislación antigua, y los diputados de aquel período constitucional aspiraban a crear un Código totalmente nuevo. ¿Lo consiguieron realmente? Desde un punto de vista actual, vemos en él muchos resabios del antiguo régimen y, está, pues, más cerca de Lardizábal de lo que aquellos legisladores creían". ANTÓN ONECA, J.: << El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal >>... *Op. cit.*, Pág., 31.

¹⁵² En el manifiesto de su Majestad Fernando VII, dado en el Puerto de Santa María el 1º de octubre de 1823, se venía a disponer: "Son nulos y de ningún valor todos los actos del gobierno llamado

Al hundirse el régimen político que trajo al mundo el Código Penal, sucumbió éste apenas nacido, volviendo a imperar la situación anterior; o sea, la Novísima Recopilación, Los Fueros y Las Partidas, aunque con clara preferencia práctica de éstas sobre aquéllos¹⁵³.

constitucional (de cualquier clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el día 7 de marzo de 1820 hasta hoy día 1º de octubre de 1823, declarando, como declaro, que en toda esta época ha carecido de libertad, obligando a sancionar las leyes y a expedir las órdenes, decretos y reglamentos que contra mi voluntad se meditaban y expedían por el mismo gobierno”. *Vid.*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: << Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822 >> en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5, Madrid, 1978. Págs., 229-235.

¹⁵³ Recogió todas esas disposiciones Florencio García Goyena. *Vid.*, GARCÍA GOYENA, F.: *Código criminal español según las Leyes y prácticas vigentes. Comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés* (2 volúmenes). Imprenta de R. Calleja. Madrid, 1843. “En efecto, derogado en 1823 el Código que empezó a regir en 9 de julio de 1822 y que, a pesar de sus defectos, era muy superior a cuanto existía en la materia en nuestro país, y sin que los esfuerzos para reemplazarle fuesen coronados de éxito, la legislación penal volvió al estado en que se hallaba cuando se promulgó, en 8 de julio de 1805, la Novísima Recopilación. Este cuerpo legal se propuso dejar sin eficacia ni valor los anteriores; pero no lo consiguió. A imitación de lo que se había hecho cuando aparecieron el Ordenamiento de Alcalá, las leyes de Toro y la Nueva Recopilación, no quedaron derogados los Códigos y leyes existentes, sino que se mantuvieron en gran parte en observancia, conforme se desprende del contenido de la llamada ley de prelación de Códigos. La Ley 3ª, del Tít., 2º, Lib., 3º, de la Novísima Recopilación, reprodujo lo dispuesto en la 1ª, Tít., 28, del Ordenamiento de Alcalá, en la 1ª de Toro y en las Pragmáticas dictadas por Felipe II y Felipe III, en orden a la fuerza legal de la Nueva Recopilación, quedando, por tanto, vigentes y en observancia disposiciones no incluidas ni derogadas en el nuevo cuerpo de leyes. Las disposiciones de la Novísima, las de la Nueva, no incluidas en ellas y no derogadas, el Fuero Real y el Fuero Juzgo, los Fueros municipales, donde fueron usados y guardados; y últimamente las Siete Partidas: he aquí el orden de preferencia de nuestros Códigos según la Novísima Recopilación. Como es sabido, este cuerpo de leyes, así como los demás que por él se reputaban vigentes, comprendía preceptos jurídicos, no sólo relativos al derecho civil, sino al de procedimientos, al político, al económico, al administrativo y al penal; las Recopilaciones, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y las Partidas eran verdaderas enciclopedias de Derecho. La ley de prelación de Códigos era aplicable a todos esos ramos de la legislación, y, por tanto, a la que es objeto de nuestro especial estudio. Puede, sin embargo, asegurarse que, a pesar de que el Fuero Real, el Fuero Juzgo, según la opinión más recibida, y los Municipales donde fueron usados y guardados, tenían legalmente preferencia sobre las Siete Partidas, este Código y las Pragmáticas contenidas en las Recopilaciones era lo único que se citaba y se aplicaba en lo criminal, cuando el uso, la práctica o la arbitrariedad de los Tribunales no lo modificaba y corregía, como venía sucediendo antes de la publicación de la Novísima y sucedió después”. SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Parte segunda*. 2ª edición notablemente aumentada con todas las disposiciones legales publicadas hasta el día, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo corregida por el autor y por D. Eugenio Silvela. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1903. Págs., 27-28. Cfr., ANTÓN ONECA, J.: << Historia del Código Penal de 1822 >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo 2, mayo-agosto 1965. Págs., 263-278; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I*. Madrid, 1968. Págs. 195-196; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)*. Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Volumen 13. 2ª edición corregida y aumentada. Valladolid, 1954. Págs. 120-122; GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, J.: *Historia de la codificación penal española y ligera crítica del Código vigente. Discurso leído y mantenido en la Universidad central el día 2 de julio de 1902 para obtener el grado de Doctor en la Facultad de Derecho...* *Op. cit.*, Págs., 7-9; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*. Ed. Akal, 2ª edición anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Madrid, 1986. Págs., 72-74; PACHECO, J.F.: *El Código penal concordado y comentado. Tomo I...* *Op. cit.*, Págs., XLVIII-LXIX; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I...* *Op. cit.*, Págs., 41-171; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada*. Ed. Losada, S.A., 2ª

El primero de los Códigos Penales españoles, a diferencia de los demás, no contiene un título, capítulo o, sección, dedicado a la “usurpación”. Ello no es obstáculo para que sancione la usurpación violenta y no violenta de bienes públicos o comunales¹⁵⁴.

Al margen de los bienes públicos o comunales, en la Parte Segunda “*De los delitos contra los particulares*”, del Título III “*De los delitos contra la propiedad de los particulares*”, el Capítulo IX, bajo la rúbrica “*De las fuerzas y violencias contra las propiedades, y de los despojos*”¹⁵⁵, se tipifica lo que hoy sería la conducta prevista en el artículo 245.1 CP, de usurpación violenta, que el Código de 1822 define como despojo, en los artículos 811 y ss.¹⁵⁶.

edición. Buenos Aires, 1956. Págs., 706-709; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Dykinson, 18ª edición. Madrid, 1995. Págs., 96-98; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)*... *Op. cit.*, Págs., 578-581. Vid., ANTEQUERA, J.Mª.: *La codificación moderna en España*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1886.

¹⁵⁴ En el Capítulo VII, “*De las cuadrillas de malhechores, y de los que roban caudales públicos, o interceptan correos, o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos*”, del Título III “*De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público*”, de la Parte Primera “*De los delitos contra la sociedad*”, el artículo 341 dispone: “*Los que robaren o hurtaren, usurparen, o fraudulentamente se apropiaren de bienes, caudales o cualesquiera otros efectos pertenecientes al Estado o al común de alguna provincia o pueblo, sufrirán el máximo de la pena que con arreglo al título tercero de la segunda parte corresponda al robo o usurpación que cometieren; pudiéndose aumentar esta pena hasta una tercera parte de dicho máximo según el grado del delito. Si hiciere el robo o usurpación un funcionario público que tenga a su cargo los caudales o efectos espresados, será castigado con arreglo al capítulo tercero, título sexto de esta parte. Los caudales o efectos que se hallaren secuestrados, o puestos en custodia o depósito por orden y a disposición del Gobierno o de la autoridad pública competente, se entenderán como si pertenecieran al Estado en los casos de este artículo*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*. Ed. Akal, S.A. Madrid, 1988. Pág., 83.

¹⁵⁵ “Del solo enunciado de los epígrafes y del contenido de sus artículos..., se puede observar la clara protección a la propiedad de los particulares (estamos aún lejos de la propiedad social), en una sociedad eminentemente agrícola y muy poco desarrollada. Si desde nuestra actual perspectiva tratamos de extraer las figuras más cercanas al hoy denominado delito de usurpación, la labor no será fácil habida cuenta de que muchos de sus elementos componentes diferenciadores están entremezclados con figuras que entonces eran afines pero que el curso de la evolución legal, apoyada en una técnica jurídica más refinada, llevó a separar y sistematizar; los daños, amenazas, coacciones, ejercicio del propio derecho, y otras conductas delictivas, hoy diferenciadas, se amalgaman con referencias privatistas que nos hacen recordar disposiciones desde el Derecho justiniano..., hasta las compilaciones más importantes y cercanas a nuestro primer Código Penal”. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... *Op. cit.*, Pág., 396.

¹⁵⁶ “Se utiliza el término despojo en el sentido de privar, quitar. Los delitos contra la propiedad podían recaer no sólo sobre bienes muebles (hurto), sino también sobre los inmuebles (usurpación o despojo). Y se exigía que, ambas ofensas contra la propiedad, persiguieran un fin de lucro”. BAZA DE LA FUENTE, L.:

2.2.2.- CÓDIGO PENAL DE 1848

La reacción contra el régimen constitucional de 1820 a 1823 produjo no solamente la anulación del Código de 1822, sino el abandono por de pronto de los

<< El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 896. Artículo 811.- “*El despojo violento de la posesión de una finca, sea arrojando de ella al poseedor, sea impidiéndole a la fuerza la entrada en la misma, aunque sea hecho por el propietario, será castigado con la pena de arresto de uno a cuatro meses, y con una multa de cincuenta a doscientos duros*”. Artículo 812.- “*En la misma pena incurrirán los que en caso de ser la posesión dudosa, se la disputaren a la fuerza*”. Artículo 813.- “*Cuando sin verificarse despojo fuere alguno perturbado con fuerza o violencia en el uso de su posesión, sea de alguna finca o alhaja, o de derecho, acción, facultad o cualquier otra cosa, sufrirá el perturbador un arresto de quince días a dos meses, y una multa de diez a cincuenta duros*”. Artículo 814.- “*Se entiende por fuerza o violencia para cualquiera de los casos de este artículo cuando se emplea alguno de los medios espresados en el 664, y cuando se verifica con amenazas, y con el acometimiento o la actitud de llegar a las manos, aunque no se ejecute el atentado*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias...* *Op. cit.*, Pág., 176. “Se ha visto en el artículo 811 de este Código de 1822 un precedente importante y que la incorporación autónoma se debe al Código Penal de 1848... A nuestro entender, el Código Penal de 1822 regula ya la usurpación, aun cuando no utilice esta denominación, y distingue y separa la que hoy denominamos violenta o propia de la no violenta o impropia. No debemos limitar la regulación a su artículo 811, pues los artículos 809 [“Cualquiera que quitare a la fuerza la propiedad ajena sin ánimo de apropiársela, o la propia poseída o detenida legítimamente por otro, sufrirá una multa de diez a cien duros, y un arresto de ocho días a dos meses. Si la cosa fuese poseída o detenida indebidamente por otro, el arresto será de cuatro a veinte días, y la multa de cinco a cincuenta duros”], 810 [“El que a la fuerza quitare a su deudor alguna cosa para hacerse pago con ella, o para obligarle a pagar lo que debe, sufrirá también un arresto de cuatro a veinte días, y una multa de cinco a cincuenta duros”], 812, 813 y 814 están con él relacionados si consideramos que las figuras delictivas próximas aún no han alcanzado sus límites de una manera precisa, y más aún si se piensa que no está claro que la ajena pertenencia, que hoy se exige en el tipo, deba ser circunscrita a la nuda propiedad, o si comprende indistintamente, la posesión, y aun la mera tenencia precaria”. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... *Op. cit.*, Págs., 396-397. La alteración de términos o lindes, de pueblos y heredades, tipificada en el artículo 246 del Código Penal vigente, tiene su precedente histórico en los artículos 815 y 816 del Código Penal de 1822. Artículos que integran el Capítulo X “*De los que mudan o alteran los términos de las heredades*”, del Título III, de la Parte Segunda. Disponen así: Artículo 815.- “*Cualquiera que a sabiendas hubiere destruido o quitado los mojones, árboles, paredes, márgenes, cercas, zanjas, vallados, lindes o cualquiera otra señal puesta o reconocida por término entre su heredad, campo o propiedad de cualquier clase y la ajena, o hubiere mudado de lugar cualquiera de dichas señales, sufrirá un arresto de seis días a un mes, y pagará una multa de veinte a cien duros. El que a sabiendas cometiere igual delito respecto de propiedades ajenas, sufrirá la mitad de las penas espresadas*”. Artículo 816.- “*Si hubiere quitado o variado el término o cualquiera señal puesta para determinar los límites de una provincia, partido, pueblo, parroquia, jurisdicción o gobierno, será castigado con un arresto de diez días a dos meses, y con una multa de treinta a doscientos duros*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias...* *Op. cit.*, Pág., 176. “Regula, de manera muy similar al derecho vigente [CP de 1973], la denominada usurpación impropia..., con referencias anímicas (a sabiendas)..., estableciendo diferencias según se trate de heredades contiguas a la propia o de que se cometiere el delito en propiedades ajenas... Adolece la regulación de algunos defectos sistemáticos: así el artículo 816..., que al referirse a las alteraciones de términos o de señales lo concreta a “los límites de una provincia, partido, pueblo, parroquia, jurisdicción o gobierno”, lo que contradice el epígrafe general del Título, que... se refiere a “los particulares”; pero esto no empece su categoría de precedente histórico en la evolución de esta figura delictiva”. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... *Op. cit.*, Pág., 397.

propósitos codificadores enunciados en Decreto de 1819¹⁵⁷. Igualmente se renunció al espíritu mitigador propio del despotismo ilustrado, que en España, como en otros países, se había manifestado desde el último tercio del siglo XVIII. Más adelante, en los años finales del reinado de Fernando VII, se impone, dentro del absolutismo una tendencia moderada continuadora, hasta cierto punto, de las manifestaciones atenuadoras de la represión y favorables al legalismo características de la Ilustración. Como signo de tal inclinación puede citarse el Decreto de 1829 ordenando de nuevo la formación de un código criminal¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Se encuentra dividida la doctrina acerca de la vigencia y aplicación efectiva del Código Penal de 1822. Aunque autores como CEREZO MIR, CUELLO CALÓN, JIMÉNEZ DE ASÚA, o RODRÍGUEZ DEVESA mantienen la duda sobre tal extremo, PACHECO, ANTÓN ONECA Y ÁLVAREZ GARCÍA son partidarios de la tesis contraria. Así, PACHECO, en la Introducción a los comentarios y concordancias del Código Penal de 1848, refiriéndose al de 1822, en la página LVII, afirma: “sancionada por el rey, publicóse y comenzó a *regir como ley del estado*”. Por su parte, ANTÓN ONECA, en la página 275 de su artículo *Historia del Código Penal de 1822*, sostiene que “dada la vigencia oficial sólo por unos meses; el hábito de los Tribunales al arbitrio judicial del antiguo régimen y la natural resistencia a aprender y aplicar ley tan complicada y distinta, junto a los azares de la guerra, que mantuvo simultáneamente autoridades de uno u otro partido en los diferentes lugares de España, se puede pensar que la aplicación del Código debió ser, a lo más, *breve, imperfecta y desigual*”. ÁLVAREZ GARCÍA, concluye que si además del Manifiesto de su Majestad Fernando VII, dado en el Puerto de Santa María el 1º de octubre de 1823, en el que se venía a disponer: “Son nulos y de ningún valor todos los actos del gobierno llamado constitucional (de cualquier clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el día 7 de marzo de 1820 hasta hoy día 1º de octubre de 1823, declarando, como declaro, que en toda esta época ha carecido de libertad, obligando a sancionar las leyes y a expedir las órdenes, decretos y reglamentos que contra mi voluntad se meditaban y expedían por el mismo gobierno”, fue necesaria una Real Cédula de 5 de febrero de 1824, en la que en su artículo 7º disponía, “Las actuaciones en los pleitos o causas contra eclesiásticos o militares en que hayan entendido los Juzgados civiles y ordinarios por los decretos o leyes de las Cortes, o por el llamado *Código penal de las mismas*, y cuyas causas no eran de desafuero por nuestras leyes, sean de ningún valor ni efecto, y se pasen a los Juzgados competentes”, es porque existió una aplicación efectiva del Código Penal de 1822. Cfr., ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: << Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822 >> en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5, Madrid, 1978. Págs., 229-235; ALONSO Y ALONSO, J.M.: << De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822 >> en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. Nº 11, febrero 1946. Págs., 2-15; ANTÓN ONECA, J.: << Historia del Código Penal de 1822 >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo 2, mayo-agosto 1965. Págs., 263-278; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*. Ed. Akal, 2ª edición anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Madrid, 1986. Págs., 72-74; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada*. Ed. Losada, S.A., 2ª edición. Buenos Aires, 1956. Págs., 706-709; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Dykinson, 18ª edición. Madrid, 1995. Págs., 96-98; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)*... *Op. cit.*, Págs., 578-581; ANTEQUERA, J.Mª.: *La codificación moderna en España*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1886.

¹⁵⁸ “En 1829 una comisión compuesta de tres magistrados fue encargada de formar el proyecto de un código, que diese a las leyes penales hechas a grandes distancias de tiempos en el largo período de quince siglos, claridad, método, consecuencia con los principios de justicia, y conformidad con las costumbres, opiniones y necesidades de aquella época, como acababa de hacerse respecto de la legislación mercantil, hasta entonces casi completamente desatendida en España... No debemos ocuparnos mucho más acerca de otro proyecto redactado en 1836 por una comisión encargada de reformar el código de 1822, si bien fue sobrepujado en muchos quilates el de los magistrados de 1829, si bien se mejoró en algunas cosas el de 1822, y se hallaba puede decirse a la altura de la ciencia: defectos muy notables sin embargo se deslizaron, aparte del desorden, oscuridad y a veces contradicción que se advertía en muchas materias.

Por decreto de 19 de agosto de 1843, siendo a la sazón jefe del gobierno D. JOAQUÍN MARÍA LÓPEZ, tuvo lugar la creación de la Comisión General de Codificación, presidida por D. MANUEL CORTINA e integrada por 17 destacados jurisconsultos, constituyéndose el 27 de agosto, y comenzando sus tareas el 16 de septiembre de 1843¹⁵⁹. La Comisión de Códigos se dividió en Secciones y cada una de ellas se encargó de un Código (civil, penal, de procedimientos civiles y de los criminales).

Tampoco este proyecto obtuvo el honor de ser convertido en ley, a pesar del incesante clamor público que pedía el establecimiento de una legislación penal, por medio de la cual se pusiera término a la arbitrariedad judicial sustituida por la fuerza de la opinión en lugar de leyes que, si un tiempo fueron buenas, en el estado presente eran consideradas como absurdas”. DE VIZMANOS, T.Mª., Y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal. Tomo I*. Imprenta de D. José María Alonso, 2ª edición. Madrid, 1853. Págs., XL-XLII. Vid., LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1... Op. cit.*, Págs., 173-250.

¹⁵⁹ “Las leyes civiles y penales no deben ser consecuencia de las exageraciones de un partido político, ni el ensayo de una teoría filosófica, ni el absoluto trasunto de la rutina venida de los tiempos antiguos, sino la expresión del estado de la ciencia y del resultado de la experiencia, el fruto de la meditación sobre el estado social, sobre las necesidades públicas, y su comparativa importancia, el producto en fin de un debate entre varios individuos, que hayan estado en posición de recoger gran número de hechos, que ténganla inteligencia necesaria para compararlos, para generalizar las ideas resultantes, y posean finalmente la elocución necesaria para expresarlas de un modo que sea perceptible al pueblo. He aquí la idea del gobierno provisional de 1843 al formar la comisión general de códigos, que nosotros estamos muy lejos de decir se hubiese compuesto de los hombres más eminentes del país, pero que ciertamente contenía en su seno los elementos necesarios para conocer los hechos generales y locales, permanentes y accidentales, para deducir si a un hecho debe aplicarse una sanción penal y cuál deba ser la gravedad de esta sanción, para que hubiera discusión animada, y con ella contradicción de principios y de hechos. Húbola y muy notable al discutir las bases generales de los códigos, y las particulares del penal y del civil: hubo certámenes magníficos en que cada uno presentaba el fruto de sus estudios concienzudos, de su experiencia y meditaciones, en que la victoria era compañera inseparable de la razón, y no se ganaba por la conformidad de opiniones políticas; en que no se quitaba el valor a unas ideas como revolucionarias ni daba a las otras como conservadoras; en que el calor de la convicción era templado por la tolerancia y la fría reflexión. De este modo se discutieron además de muchas cuestiones gravísimas de la legislación civil y penal, del enjuiciamiento y de la organización judicial, las bases generales para la codificación, que sometidas al gobierno fueron aprobadas, no sin alguna dificultad respecto del jurado, y después de cesar el gobierno provisional, por el ministerio que le sucedió declarada la mayoría de la reina. Las bases fueron las siguientes: 1ª «El objeto político de la codificación debe ser realizar y desenvolver los principios consignados en la constitución política de la monarquía.» 2ª «Con arreglo a su artículo 4.º no se reconocerá en los códigos fuero alguno especial sino por razón de las cosas o materias, estableciéndose uno solo para todos los españoles en los juicios comunes civiles y criminales.» 3ª «El código civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aun las esperanzas creadas por las legislaciones.» 4ª «En el código penal habrá sanción adecuada a la civilización de la época presente para los delitos contra la religión católica que profesan los españoles.» 5ª «Por ahora la aplicación del jurado debe quedar limitada a los delitos de imprenta, por no estimarse que ha llegado la época de que se aplique a los demás delitos.» 6ª «Los códigos deberán regir solo en la península e islas adyacentes, sin perjuicio de que, si se estimare conveniente que tengan aplicación en las provincias de Ultramar, pueda hacerse por medio de una ley, en la cual se establezcan las modificaciones que exigen las circunstancias especiales de aquellos países.»”. DE VIZMANOS, T.Mª., Y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal. Tomo I... Op. cit.*, Págs., XLVII-XLIX. Integraban la Comisión General de Codificación Bravo Murillo, Antón de Luzuriaga, García Goyena, Castro Orozco (Francisco), Seijas Lozano, Pérez Hernández, Madoz, García Gallardo, Ruiz de la Vega, Peña Aguayo, Vila, Vizmanos, Álvarez (Cirilo), Ortiz de Zúñiga, Castro Orozco (José), Claros, y Pacheco.

Posteriormente, el progresista MANUEL CORTINA fue sustituido por BRAVO MURILLO. La Comisión elabora un proyecto que, terminada la discusión en 23 de diciembre de 1845, le envía al gobierno, y éste a las Cortes a principio del año 1847. Y un año después se promulga, con escasas y pocas modificaciones, por ley de 19 de marzo de 1848.

Técnicamente el Código ha velado, como fruto de su tiempo, por la seguridad del individuo, a base de limitar el arbitrio judicial y de hacer una minuciosa descripción, en ciertos artículos, de las figuras de delito¹⁶⁰. En opinión de JUAN DEL ROSAL asimila el estado de la técnica legal de su época, sin presentar innovaciones extremadas, pues resalta la ponderación y un sano equilibrio¹⁶¹.

Por su parte, según ANTÓN ONECA, el pensamiento o sistema que reina en el Código es ecléctico, esto es, el que conciliando los demás sistemas exclusivos y dejándose del rigor de la teoría, establece para cada caso el medio de represión que estima más adecuado. Se ha mirado no sólo el mal que materialmente produce el delito, sino también la intención que en perpetrarlo se tenga. Con respecto al delito se ha buscado no sólo que fuese bastante la pena para retraer al hombre de cometerlo, sino que también se ha calculado la pena que debía imponérsele en razón a la justicia. Retribución e intimidación, armonizan con el régimen político mixto característico de la década moderada. La retribución encaja perfectamente con el liberalismo, en cuanto la pena proporcionada al delito y dosificada en la ley evita los peligros de la arbitrariedad judicial e iguala a todos los responsables de idéntico delito en la misma medida

¹⁶⁰ “Entre todas las ramas de la legislación, la más esencialmente progresiva y variable es aquella que se ocupa de los delitos y de las penas, como quiera que ninguna se encuentra en relación tan íntima e inmediata con el progreso de la sociedad bajo todos conceptos; y por esto al paso que las leyes civiles del imperio romano continúan con leves modificaciones observadas por los pueblos modernos, al paso que los más recientes códigos sancionan los principios y hasta la expresión del Derecho civil de los romanos, vemos que en el penal se han adoptado diversas bases, contrarios principios, y aun desemejantes formas. Es que cada época trae su principio progresivo para impulsar la civilización del mundo; es que trae sus virtudes, sus errores, sus creencias o preocupaciones, para modificarse en otra, y desaparecer más tarde, cediendo el terreno a nuevos principios, a nuevos errores quizás; y es que la ley penal, como fiel espejo, necesita representar esos principios o errores propios de la edad en que se formula”. DE VIZMANOS, T.Mª., Y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal. Tomo I... Op. cit.*, Pág., V.

¹⁶¹ DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I*. Madrid, 1968. Págs. 196-197; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)*. Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Volumen 13. 2ª edición corregida y aumentada. Valladolid, 1954. Págs. 122-123.

sancionatoria. La intimidación general ha sido la función predominante de la pena en los sistemas autoritarios¹⁶².

Este Código se enmarca en una época en la que, en el ámbito económico, lo más destacable fue la transformación del régimen feudal o señorial que regía la propiedad de la tierra, hacia un planteamiento más burgués y moderno con una nueva propiedad y nuevos propietarios amparados por la Guardia Civil que, creada en 1844, debía proteger a las personas y a las propiedades¹⁶³.

Merece destacar como principal novedad la tipificación de la usurpación pacífica de bienes inmuebles (o derechos reales) que no sean de dominio público o comunal, en su artículo 430. A partir de este Código, todos los demás tendrán una regulación específica de la usurpación a la que dedicarán un capítulo expreso.

Los artículos 429 a 431 integran el Capítulo III “*De la usurpación*”, del Título XIV “*Delitos contra la propiedad*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”, considerando la usurpación como delito, no sólo cuando se verificaba con violencia o intimidación en las personas, sino cuando se llevaba a cabo sin esos requisitos¹⁶⁴.

¹⁶² ANTÓN ONECA, J.: << El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo 3, septiembre-diciembre 1965. Págs., 473-495.

¹⁶³ Cfr.: ANTÓN ONECA, J.: << El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo 3, septiembre-diciembre 1965. Págs., 473-495; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I*. Madrid, 1968. Págs. 196-197; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)*. Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Volumen 13. 2ª edición corregida y aumentada. Valladolid, 1954. Págs. 122-123; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias...* Op. cit., Pág., 189; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I...* Op. cit., Págs., 251-416; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 74-76; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Págs., 709-712; RODRÍGUEZ DE VESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 99-102; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 581-582. Vid., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª. D. DEL M.: *La Codificación penal en España: Los Códigos de 1848 y 1850*. Ed. Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid, 2004; ANTEQUERA, J.Mª.: *La codificación moderna en España*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1886.

¹⁶⁴ Artículo 429.- “Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de agena pertenencia, se impondrá además de las penas en que incurra por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando nunca de 20 duros. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 20 a 200 duros”. Artículo 430.- “En el caso del artículo anterior, si el delito se cometiere sin violencia en las personas, la multa será del 25 al 50 por 100, no bajando nunca de 15 duros. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 15

En el Libro III “*De las faltas*” encontramos asimismo, la tipificación de ocupaciones transitorias, y otras modalidades usurpatorias¹⁶⁵.

a 100 duros”. Artículo 431.- “*El que destruyere o alterare términos o lindes de los pueblos o heredades, o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de predios contiguos, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado o debido reportar por ellos. Si no fuere estimable la utilidad, se le impondrá una multa de 20 a 200 duros*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias... Op. cit.*, Pág., 292. El legislador siguió en este punto al Código napolitano (arts. 426 y ss.), si bien el Código español de 1822 ya había regulado la desposesión violenta. La doctrina justifica la usurpación por su consideración de atentado contra la propiedad y por razones de orden y tranquilidad pública, y en el caso de la alteración de lindes se explica el incremento de penalidad por la estructura fundamentalmente agrícola de la economía española. IÑESTA PASTOR, E.: *El Código Penal español de 1848*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág., 742. “Solamente el código napolitano ha llamado usurpación a la invasión en los bienes inmuebles de ajena pertenencia contra la voluntad de su dueño, distinguiendo la usurpación en violenta y no violenta, castigando a la que se hace sin violencia con una pena corporal expresamente determinada, y aplicando a la usurpación violenta las penas establecidas contra el robo. He aquí de dónde es oriundo el capítulo que comentamos; mas hubo en él, a nuestro entender, buen acuerdo no adoptando la pena personal para castigar la usurpación cometida sin violencia en las personas, como quiera que no habiendo en este caso más que un simple atentado contra la propiedad, la pena análoga, la correspondiente al delito debe ser únicamente pecuniaria, como lo son las de los daños en las propiedades, toda vez que no concurren circunstancias de violencia, fuerza u otra que pueda producir la alarma a alteración del orden público. Y téngase presente que no pudiendo desaparecer las cosas inmuebles cuando son invadidas, lo mismo que las muebles cuando uno se apodera de ellas, es menos perjudicial la invasión de la propiedad, si no ha habido continuidad en la usurpación, es decir, si el despojado emplea los medios que las leyes le conceden para que no continúe la usurpación. Aplaudimos por lo tanto que la pena impuesta a la usurpación con violencia sea la misma que en este código se impone a las violencias según su clase, añadiendo una multa de la mitad al duplo de la utilidad reportada, y que la pena de la simple usurpación, en vez de ser la prisión como en el código napolitano, esté reducida por el nuestro a una multa proporcionada a la utilidad que hubiere reportado quien cometió la usurpación o el despojo. Tal es la economía del presente capítulo, cuyos artículos designan la cantidad determinada en que ha de consistir la multa cuando la utilidad reportada por el delincuente no fuere estimable, imponiendo cuando lo es una parte alícuota de la misma utilidad; pero parte que nunca podrá bajar del minimum de la multa designada para el primer caso”. DE VIZMANOS, T.Mª., Y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal. Tomo II... Op. cit.*, Págs., 478-479. Vid., BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 896.

¹⁶⁵ En el referido Libro III “*De las faltas*” encontramos los artículos siguientes: Artículo 470.- “*Serán castigados con las penas de arresto de cinco a quince días y multa de 5 a 15 duros: 8º.- Los que con violencia entraren a cazar o pescar en lugar cercado o vedado*”. Artículo 471.- “*Serán castigados con las penas de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros: 14º.- Los que destruyeren o destrozaren choza, albergue, cerca, vallado u otra defensa de heredad ajena, no excediendo el daño de 5 duros*”. Artículo 476.- “*El que aprovechando aguas de otro, o distrayéndolas de su curso causare daño que exceda de 2 duros y no pase de 25, será castigado con la multa del tanto al triplo del daño causado*”. Artículo 482.- “*Incurrirá en multa de ½ duro a 4: 26º.- El que entrare en heredad ajena para aprovechar el espigueo u otros restos de cosechas. 27º.- El que entrare en heredad ajena cerrada o cercada. 28º.- El que entrare sin violencia a cazar o pescar en sitio vedado o cerrado*”. Artículo 485.- “*El que aprovechando aguas de otro, o distrayéndolas de su curso causare daño que no exceda de 2 duros, será castigado con la multa del tanto al duplo del daño causado*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias... Op. cit.*, Págs., 301-309.

2.2.3.- REFORMA DE 1850

En los Decretos de 1 de julio, 21 y 22 de septiembre y 30 de octubre de 1848, 30 de mayo, 2 y 5 de julio y 28 de noviembre de 1849, 7 y 8 de junio de 1850, se llevaron a cabo algunas aclaraciones y modificaciones¹⁶⁶.

La más importante de todas las reformas, aunque no fue de gran trascendencia, es la que se llevó a cabo por Decreto de 30 de junio de 1850. El Código mantiene su estructura, y únicamente se le agregan algunos artículos. Agrava esta reforma la punición; se castiga en todos los delitos la conspiración y la proposición. Da una nueva redacción a lo que desde entonces se ha llamado atentados, creando además los delitos de desacato contra las autoridades. El sentido de mayor severidad se acentúa tras la reforma de 1850¹⁶⁷.

Si los Códigos de 1848, 1870, y 1932 pueden considerarse progresivos en sus respectivas épocas, el de 1850, junto con los de 1928 y 1944, puede estimarse regresivo en lo que afecta al desarrollo y protección de los derechos fundamentales de la persona. Esta regresión tuvo que ver, sin duda, con el carácter autoritario del liberalismo personificado en NARVÁEZ, que contempló con temor la proclamación de la II República Francesa como consecuencia de los sucesos de París de febrero de 1848, al tiempo que surgían en España desórdenes sociales y políticos.

Se trata de una reforma del Código Penal de 1848 para reforzar el autoritarismo; debilitando el principio de legalidad penal¹⁶⁸.

¹⁶⁶ “En la misma ley que puso en vigencia el Código de 1848 se dispuso que el Gobierno, dentro de tres años, o antes si lo estimaba conveniente, propondría a las Cortes las reformas y mejoras que debieran introducirse, acompañando las observaciones que los Tribunales estaban obligados a dirigirle anualmente. No se cumplió este precepto; pero Decretos de 1 de julio, 21 y 22 de septiembre y 30 de octubre de 1848, 30 de mayo, 2 y 5 de julio y 28 de noviembre de 1849, 7 y 8 de junio de 1850, se hicieron diversas aclaraciones, adiciones, y reformas”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Pág., 712.

¹⁶⁷ De “reaccionario” lo califica JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Págs., 712.

¹⁶⁸ Cfr., ANTÓN ONECA, J.: << El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo 3, septiembre-diciembre 1965. Pág., 488; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I...* Op. cit., Pág. 197; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)...* Op. cit., Pág. 123; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ

La regulación en materia de usurpación fue exactamente la misma que en el Código de 1848. Los artículos 440 a 442 que integran el Capítulo III “*De la usurpación*”, del Título XIV “*Delitos contra la propiedad*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”, no fueron reformados respecto a los artículos 429 a 431 del Código Penal de 1848¹⁶⁹. Para VICENTE CARAVANTES, la usurpación es el despojo de la posesión de las

RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias...* Op. cit., Pág., 321; BURGOS PAVÓN, F.: << Tema 2. Evolución del Derecho Penal español. Los distintos Códigos Penales españoles. El Código Penal de 1995 >> en *Derecho Penal. Temario oposiciones a la Carrera Judicial y Fiscal*. Ed. Cef. Madrid, 2008. Pág., 3; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I...* Op. cit., Págs., 316-321. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Pág., 712; RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 102-104; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Pág., 583. Vid., ANTEQUERA, J.M.: *La codificación moderna en España*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1886.

¹⁶⁹ Artículo 440.- “*Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de agena pertenencia, se impondrá además de las penas en que incurra por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando nunca de 20 duros. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 20 a 200 duros*”. Artículo 441.- “*En el caso del artículo anterior, si el delito se cometiere sin violencia en las personas, la multa será del 25 al 50 por 100, no bajando nunca de 15 duros. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 15 a 100 duros*”. “Lo que el Código llama en este capítulo usurpación, se ha llamado por lo común despojo en nuestras leyes, y por nuestra práctica. Ordinariamente se ha visto como un punto civil; y se ha reparado con la restitución preferentemente y *ante omnia* al que la sufriera, pero sin castigo alguno verdadero. Sin embargo, parécenos justo lo que aquí se dispone, y aprobamos de todo punto su completa ejecución. Los actos de que se trata son atentados contra la propiedad, y cuando menos contra el orden y tranquilidad pública. Si se obra sabiendo que en efecto es ajeno el derecho o el inmueble, no hay necesidad de otra reflexión para convencer de lo que indicamos: aun cuando se obre y se usurpe, teniéndole por propio, siempre se comete un atentado en sustituirse a la acción de la justicia. La Ley empero ha hecho bien en señalar los dos casos que encontramos en estos artículos, porque efectivamente pueden ocurrir el uno y el otro, y su penalidad debe ser diversa. A mí pueden despojarme de una hacienda, usurparme un derecho, sin cometer violencia alguna en mi persona ni en la de mis servidores: yo no estaba en la finca, yo no me había presentado a ejercer el derecho. Pero igualmente pueden despojarme del uno y de la otra, arrojándome violentamente, echando con malos tratamientos a las personas que estaban por mí encargadas de su conservación. Las penas han debido ser, y son distintas en uno y otro caso. Cuando no media violencia, no puede haber un delito tan grande como cuando esta existe. Por eso la multa proporcional a la utilidad, que es el tipo penal de la ley, se limita en un caso al veinticinco por ciento, como *mínimum*, no bajando nunca de quince duros; mientras en el otro se extiende al cincuenta, también como *mínimum*, no bajando de veinte, a más de los castigos especiales en que se hubiese incurrido por las violencias causadas. Por lo demás, no debe olvidarse que ni una ni otra pena obstan a las condenaciones civiles, por las que el usurpante o despojante ha de indemnizar al despojado de todos los perjuicios a que con su acción hubiere dado lugar”. PACHECO, J.F.: *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera*. (Reimpresión de la segunda edición a los comentarios al CP de Pacheco de 1856). Ed. Edisofer, S.L., Libros Jurídicos. Madrid, 2000. Pág. 1233. Artículo 442.- “*El que destruyere o alterar términos o lindes de los pueblos o heredades, o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de predios contiguos, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado o debido reportar por ellos. Si no fuere estimable la utilidad, se le impondrá una multa de 20 a 200 duros*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles...* Op. cit., Pág., 430. “Nadie puede extrañar que las penas de esta clase de usurpación o despojo sean mayores que las de los despojos comunes: la mayor facilidad para cometerlos en un país tan agrícola, de tanta extensión, de

cosas inmuebles o derechos reales a favor del que la ejecuta, y considera que la usurpación hecha violentamente se castiga con mayor pena que la hecha sin violencia, porque aquella supone mayor alarma y escándalo que ésta¹⁷⁰.

En materia de faltas, la misma regulación que en el Código Penal de 1848 encontramos en el de 1850, no habiendo sufrido más variación que la de su numeración¹⁷¹.

tal número de heredades, da fácilmente la explicación de esta diferencia. Lo que podría extrañarse, sí, es que no se haya aquí repetido la distinción entre usurpaciones y usurpaciones, según fuese con violencia o sin ella como se hubiesen practicado. Tal vez calla la ley sobre este punto, porque aquí la violencia es más difícil y lo más común ha de ser la astucia y el misterio. De cualquier modo, esa violencia, si llegare a existir, constituirá por lo menos una circunstancia agravante del hecho, que habrá que tener a la vista para la fijación del castigo dentro de sus límites legales”. PACHECO, J.F.: *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera...* Op. cit., Pág. 1236. “A mediados del pasado siglo la tipificación de estas conductas se hace necesaria, habida cuenta de la existencia de una sociedad agrícola predominante, que no dispone de la suficiente protección real”. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... Op. cit., Pág., 398.

¹⁷⁰ VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Código Penal reformado, comentado novísimamente precedido de una breve reseña histórica del Derecho penal de España y seguido de tablas sinópticas en que por medio de una combinación nueva y en extremo sencilla, clara y compendiosa, se exponen todas las diversas aplicaciones de penas en los diferentes casos que ofrece cada delito*. Librería de D. Ángel Calleja, editor. Imprenta de D. Alejandro Gómez Fuentesnebro. Madrid y Santiago, 1851. Pág., 443.

¹⁷¹ Artículo 484.- “Serán castigados con las penas de arresto de cinco a quince días y multa de 5 a 15 duros: 7º.- Los que con violencia entraren a cazar o pescar en lugar cercado o vedado”. “Las leyes de algunos países son severísimas contra los cazadores en campos ajenos. Su intrusión sea con violencia o sin ella, se califica y se pena como grave delito. Nuestro código no podía ser tan duro: nuestras costumbres no lo habrían permitido de ninguna suerte. La violencia puede ser de dos géneros: violencia en las personas, violencia en las cosas. Comete la primera, el que entra a pesar de la oposición de un criado, separándole de hecho. Comete la segunda, el que salta tapia, o fuerza puerta cerrada. De una y otra habla indudablemente la ley. No tenemos necesidad de decir que si la violencia hubiese producido lesiones, habrá ya por ello otra distinta falta o un verdadero delito”. PACHECO, J.F.: *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera...* Op. cit., Pág. 1324-1325. Artículo 485.- “Serán castigados con las penas de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros: 13º.- Los que destruyeren o destrozaren choza, albergue, cerca, vallado u otra defensa de heredad ajena, no excediendo el daño de 5 duros”. “Ni sobre su inteligencia ni sobre su justicia tenemos que indicar ninguna observación”. PACHECO, J.F.: *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera...* Op. cit., Pág. 1329. Artículo 489.- “El que aprovechando aguas de otro, o distrayéndolas de su curso causare daño que exceda de 2 duros y no pase de 25, será castigado con la multa del tanto al triplo del daño causado”. “Daño es una palabra genérica, que hace en los delitos contra la propiedad el mismo papel que la de lesión en los delitos contra las personas”. PACHECO, J.F.: *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera...* Op. cit., Pág. 1297. Artículo 495.- “Incurrirá en multa de ½ duro a 4: 23º.- El que entrare en heredad ajena para aprovechar el espigueo u otros restos de cosechas. 24º.- El que entrare en heredad ajena cerrada o cercada. 25º.- El que entrare sin violencia a cazar o pescar en sitio vedado o cerrado”. “No aprobamos por nuestra parte los números 23 y 24 de este artículo. Creemos que no debía haberse erigido en falta, de un modo absoluto y con la generalidad que se hace, ni el espigueo ni la simple entrada en un predio cerrado. No creemos que la ley tenga derecho para ser tan dura, ni para contrariar así costumbres de muchos siglos, que están en el corazón de una sociedad entera, y que en su principio son caritativas y religiosas”. PACHECO, J.F.: *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera...* Op. cit., Pág. 1338. Artículo 498.- “El que aprovechando aguas de otro, o distrayéndolas de su curso causare daño que no exceda de 2 duros, será

2.2.4.- CÓDIGO PENAL DE 1870

La Comisión de Codificación dio paso en 1869 a una Comisión Legislativa, cuya sección penal fue encomendada a NICOLÁS MARÍA RIVERO¹⁷². El 30 mayo de 1870, el Ministro de Gracia y Justicia, EUGENIO MONTERO RÍOS, presentó a las Cortes el proyecto de ley, autorizando al Gobierno para publicar provisionalmente el Código Penal, cuyo texto se acompañaba. Aprobada en las Cortes la autorización, se publicó la Ley de 17 de junio de 1870, conforme a la cual fue publicado el Código con fecha 30 de agosto¹⁷³.

Supuso una reforma, sobre todo en las cuestiones de naturaleza política del Código de 1850, por lo que se asienta en los pilares de la codificación de 1848, aunque para JIMÉNEZ DE ASÚA “el salto dado desde la legislación anterior fue enorme”¹⁷⁴.

castigado con la multa del tanto al duplo del daño causado”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias...* Op. cit., Págs., 439-447. “Los artículos 498 y 499 completan las disposiciones de los 489 y 491”. PACHECO, J.F.: *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera...* Op. cit., Pág. 1340.

¹⁷² “La Sección penal de la Comisión Legislativa, estaba formada por Nicolás María Rivero como Presidente; y vocales, Santiago Diego Madrazo, Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, Laureano Figuerola Ballester, Pedro González Gutiérrez, José María Fernández de la Hoz, Cristino Martos Babi, y Eugenio Montero Ríos”. LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1...* Op. cit., Pág., 452.

¹⁷³ “Gravita el Derecho penal sobre tres fundamentales principios: la noción del delito, la noción de la pena, la noción de la responsabilidad. Conocer el delito, la pena con que debe ser castigado, y las personas responsables: he aquí la aspiración constante de todas las teorías divulgadas por la ciencia; el fin social de todas las doctrinas por el derecho positivo declaradas; el ideal de los Tribunales en la aplicación de las leyes penales. Donde quiera que se han reunido hombres, las pasiones han dado vida al delito, y el interés común ha puesto en manos de alguna institución, de alguna clase, de alguna autoridad, la espada de la justicia. Ni la Tribu ni la Ciudad pueden vivir sin una ley penal, escrita o no escrita. El derecho penal puede llegarse a formar de dos modos. Por medio de un hacinamiento informe de disposiciones aisladas, casuísticas, discordantes, dictadas según las necesidades y las circunstancias; o por medio de una verdadera exposición de principios generales que distribuyan la pena, con regla y medida, de una manera sistemática, proporcionada, justa e igual entre las personas criminalmente responsables de los hechos elevados por la ley a la triste categoría de delito. El primero fue el sistema de los pueblos bárbaros. El segundo debe ser de los pueblos modernos”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo I. 2ª edición, corregida y aumentada (establecimiento tipográfico de los hijos de J.A. García)*. Madrid, 1902. Págs., 1-2.

¹⁷⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Pág., 716. “La Revolución de septiembre de 1868 trajo la Constitución de 1869, más liberal que las anteriores, y la reforma de 1870 tuvo por finalidad poner de acuerdo el Código penal con la Constitución”. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal...* Op. cit., Pág., 76. “Fueron suprimidas varias figuras de delito: los contrarios a la religión católica; el no revelar la conspiración contra la vida del Rey o del inmediato sucesor de la Corona, que

Según ANTÓN ONECA, sus principales objetivos fueron: proteger penalmente la Constitución de 1869 tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales; humanizar el Código conforme a los ideales mitigadores de los partidos representados en las Cortes, cuyas ideas en materia penal procedían de la Ilustración; y corregir algunos preceptos que parecían defectuosos técnicamente considerados y aún en el común sentir de las gentes¹⁷⁵.

Responde al carácter liberal de la Constitución de 1869 que lo inspira. En el ámbito de la usurpación la no violenta se considera falta. La violenta sufre un aumento de pena¹⁷⁶.

habría de realizarse en el plazo de 24 horas a partir del momento de tener noticia de ella; los de sociedades secretas, vagancia y mendicidad, usurpación sin violencia en las personas”. ANTÓN ONECA, J.: << El Código Penal de 1870 >>... *Op. cit.*, Págs., 242-243. “Nace así nuestro vigente Código, que no es más que una nueva reforma (la primera fue la de 1850...) del de 1848, que luego se modifica en 1932 y 1944”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* *Op. cit.*, Pág., 712.

¹⁷⁵ Cfr., ANTÓN ONECA, J.: << El Código Penal de 1870 >>... *Op. cit.*, Págs., 229-251; DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I...* *Op. cit.*, Pág. 197-198; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)*... *Op. cit.*, Pág. 123-124; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias...* *Op. cit.*, Pág., 489; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal...* *Op. cit.*, Págs., 76-78; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I...* *Op. cit.*, Pág., 417-491; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* *Op. cit.*, Págs., 712-718; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 104-108; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)*... *Op. cit.*, Págs., 583-585; Vid., AZCUTIA, M.: *La Ley Penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código Penal de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y principales legislaciones extranjeras*. Librerías de A. de San Martín, editor. Madrid, 1876; ANTEQUERA, J.M^a.: *La codificación moderna en España*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1886.

¹⁷⁶ “El Derecho canónico ha considerado como hurto toda usurpación de la propiedad de otro. *“Furti nomine bene intelligitur omnis illicite usurpatio rei alienae”*. Pero este principio no ha sido aceptado ni por los legisladores, ni por los jurisconsultos que han influido en el desarrollo del Derecho penal, en ninguna época de la historia. Los romanos dijeron que las cosas inmuebles *“non contrectantur, sed invaduntur”*. Las ofensas a la propiedad pueden recaer sobre bienes muebles y sobre bienes inmuebles, y pueden ser perpetradas con fin de lucro o de venganza. El elemento moral de los delitos de robo y hurto y del delito de usurpación es el mismo: el *animus lucrandi*; pero el elemento material es distinto. En aquellos, es constituido por el acto de tomar, de coger, de remover la cosa por la antigua *contrectatio*; en estos últimos por *la ocupación*... Esta nueva clase de acciones punibles [las ofensas al derecho de la propiedad, con propósito de lucro, y sobre bienes inmuebles] no tiene, sin embargo, la importancia de la anterior, [las ofensas que recaen sobre bienes muebles] ni por sus consecuencias, ni por el número de especies que comprende. Los bienes inmuebles no pueden ocultarse ni de ellos pueden ser privados sus dueños de una manera tal que, acudiendo a la Autoridad, no puedan en ellos ser pronto reintegrados. La mayor parte de los agravios que las personas pueden sufrir en sus cosas inmuebles son reparables por los medios que las leyes civiles ponen en sus manos, y no necesitan la excepcional protección de las leyes penales. Esto explica por qué son pocos los actos que los autores comprenden en el presente título de

Los artículos 534 y 535 integran el Capítulo III “*De la usurpación*”, del Título XIII “*De los delitos contra la propiedad*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”¹⁷⁷.

delincuencia. Los más comunes son la caza y la pesca; la perturbación de la posesión, la remoción de los términos de los predios y la desviación de las aguas”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VI. 2ª edición, corregida y aumentada* (establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García). Madrid, 1914. Págs., 406-407.

¹⁷⁷ Artículo 534.- “*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriera por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando nunca de 125 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 125 a 1.250 pesetas*”. “En el Código de 1850, la ocupación de un inmueble o la usurpación de un derecho real de ajena pertenencia se consideraba punible, lo mismo cuando tenía lugar con violencia o intimidación en las personas, que cuando no concurría ni uno ni otro requisito. A nuestro juicio obraron bien los que eliminaron del texto el caso segundo, porque, atendidos su importancia, los medios de ejecución, y las consecuencias naturales que su perpetración puede producir, semejante clase de actos no reúnen las condiciones requeridas para que exista un interés público en que sean elevados a la categoría de delito. Por mero fraude o astucia podría una persona ocupar una cosa inmueble; pero mantenerse en esa ocupación, no parece posible sin una resistencia material contra el dueño, que determine una violencia o intimidación. Fácil es lograr con engaño, por ejemplo, alejar al propietario o su representante de una finca y ocuparla en su ausencia. Pero cuando aquel, advertido del fraude, regrese, no se comprende bien que el invasor permanezca en ella e impida al despojado ejercer sus derechos, si no emplea contra él violencia o intimidación. De otro lado, los trámites breves de los interdictos con que a los lastimados las leyes civiles amparan contra los despojadores, son bastante garantía para la protección de la propiedad en esta materia. Los rasgos que determinan la figura del actual delito son tres: 1º.- Ocupación de una cosa ajena inmueble o usurpación de un derecho real. 2º.- Que una u otra se haga con objeto de lucro; 3º.- Que tenga lugar ejerciendo violencia o intimidación en la persona del despojado. Poco tenemos que decir sobre estos conceptos, de suyo bien claros. El derecho turbado por el agente, es el de posesión. De aquí que todo acto que dé por resultado la pérdida para alguno de la posesión material de un inmueble, debe a los efectos de la ley tenerse por ocupación. Los derechos reales no se poseen, sino se cuasi poseen; por lo que también en la esfera del derecho civil es donde hay que ir a buscar las condiciones necesarias para poder estimar que un derecho real por uno disfrutado le ha sido por otro usurpado. La ocupación o usurpación puede tener tres fines. Realizar un pretendido derecho: en esta hipótesis, el delito pierde su naturaleza de acto contra la propiedad, para revestir el carácter de un delito social, que debería ser reprimido entre las violaciones de los derechos inherentes al ejercicio de la justicia o al Poder público, pues que no puede concebirse en un Estado bien organizado que nadie se tome la justicia por su mano. Puede el despojante proponerse satisfacer una venganza causando un perjuicio al poseedor del inmueble o al que disfrute el derecho real, y entonces el delito adquirirá el tipo especial de los delitos de daño. Puede por último, ser su ánimo adquirir para sí la posesión del inmueble o el disfrute del derecho real en que otro se encuentra, en cuyo caso, el acto de ocupación material por el despojante ejecutado entrará de lleno dentro del círculo de la actual imputación”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VI. 2ª edición, corregida y aumentada* (establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García). Madrid, 1914. Págs., 414-415. Artículo 535.- “*El que alterar términos o lindes de los pueblos o heredades, o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de predios contiguos, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado o debido reportar por ellos. Si no fuere estimable la utilidad, se le impondrá una multa de 125 a 1.250 pesetas*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias... Op. cit.*, Págs., 629-630. La reforma de 3 de enero de 1907 dio a este artículo la siguiente redacción: “El que alterar términos o lindes de los pueblos o heredades, o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades, demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajerse el curso de las aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad reportada o debida reportar por ello, siempre que dicha utilidad exceda de 25 pesetas”. El delito de alteración de lindes debió nacer con los primeros pueblos agricultores que aparecieron en la historia. Desde que los hombres, fijando su hogar en un sitio y cultivando las tierras inmediatas, comenzaron a disfrutar los productos de los campos, debió hacerse sentir, de una manera apremiante, la necesidad de que se respetasen los límites

En el Libro III “*De las faltas y sus penas*”, seguimos encontrando ocupaciones transitorias, y otras modalidades usurpatorias. La ocupación pacífica parece relegarse a la categoría de falta¹⁷⁸. Otra interpretación llevaría al absurdo jurídico (y debe rechazarse toda interpretación que conduzca a él, -argumento *ad absurdo*-); pues no tendría sentido que se tipificase la entrada sin violencia o intimidación en heredad murada y cercada sin permiso del dueño, y se considerase atípica la conducta más grave de ocupar sin autorización debida o mantenerse contra la voluntad de su titular (que implica necesariamente una previa entrada)¹⁷⁹.

de los respectivos predios... En la alteración de términos no hay sólo un ataque a la propiedad, derecho que por lo mismo que hoy aparece ruda y constantemente combatido por las escuelas antisociales y las turbulentas democracias merece singular protección por parte de los poderes públicos, sino que hay también una violación de los respetos debidos a la autoridad pública, que, como testimonio del dominio y de la medida de las propiedades, autoriza la demarcación de los límites de las fincas, para sostener la paz y tranquilidad en los campos. Este aspecto social del delito se presenta en más alto relieve cuando se trata de términos o lindes de los pueblos, o de las provincias, cuya alteración puede originar graves perjuicios y motivar contiendas y trastornos de importancia”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VI... Op. cit.*, Págs., 425-430. “Habida cuenta de la rápida y eficaz acción interdictal que ofrece el ordenamiento civil y la inscripción registral con la nueva Ley Hipotecaria de 1861 (incluso en algunos supuestos aplicable a la posesión) es difícil de justificar en el nuevo Código Penal el delito de usurpación. Los supuestos más dudosos podrían tener cobijo en otras tipicidades tales como el delito de desobediencia, falsedad, daños y coacción. Y no olvidemos el correspondiente resarcimiento por los perjuicios causados por la conducta ilegal, aunque no sea delictiva”. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... *Op. cit.*, Págs., 401. *Vid.*, PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado y anotado. Tomo III*. Imprenta Manuel Tello, 4ª edición corregida y aumentada. Madrid, 1870. Págs., 331-332 y 335, donde reitera el comentario establecido al delito de usurpación en el Código Penal anterior.

¹⁷⁸ Sostiene FERNÁNDEZ ALBOR y BAZA DE LA FUENTE, citando este último al primero, que la usurpación no violenta es una mera ilicitud civil que no alcanza la categoría penal. *Vid.*, FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... *Op. cit.*, Pág., 398; y BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 897. No compartimos esta idea de los citados profesores, pues, en la concreta sede incriminatoria de las faltas, se recogen varios tipos usurpatorios. *Vid.*, BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 6. Madrid, 1996. Págs., 210-211.

¹⁷⁹ En el Título IV “*De las faltas contra la propiedad*”, del Libro III “*De las faltas y sus penas*”, encontramos las siguientes faltas relacionadas con la figura de referencia: Artículo 607.- “Serán castigados con la pena de uno a quince días de arresto menor: 3º.- Los que sin permiso del dueño entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espiguelo u otros restos de aquella. 4º.- Los que entraren en heredad ajena cerrada o en la cercada, si estuviere manifiesta la prohibición de entrar”. El espiguelo es lícito sólo cuando las cosechas han sido por completo levantadas. Entonces la presunción legal es que, después de aprovechados por el propietario los productos de sus fincas, abandona los restos que hayan podido quedar en el campo para que puedan con ello beneficiarse los pobres”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VII*. 2ª edición, corregida y aumentada (establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García). Madrid, 1914. Pág., 657. Artículo 608.- “Serán castigados con multa de 5 a 25 pesetas: 1º.- Los que entraren a cazar o pescar en heredad cerrada o campo vedado sin permiso del dueño. 2º.- Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares. Si en cualquiera de los casos anteriores hubiere intimidación o violencia en las personas o fuerza en las cosas, se entenderán las penas duplicadas, si con arreglo a las disposiciones de este Código no correspondiera otra mayor”. Tras la reforma operada por ley de 3 de enero de 1907, dispone así:

Para ALEJANDRO GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, no se comprende bien que el invasor permanezca en una finca e impida al despojado ejercer sus derechos, si no emplea contra él violencia o intimidación, cuando el propietario, advertido del fraude, regresa a su propiedad después de haber sido alejado de ella mediante el engaño. Asimismo, ve en los delitos de usurpación un ataque superior y trascendente a la mera propiedad¹⁸⁰.

“608.1º.- El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 535, si la utilidad no excediere de 25 pesetas o no fuese estimable, será castigado con multa de 5 a 125 pesetas. 608.2º.- Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares serán castigados con multa de 5 a 25 pesetas. Si en ambos casos hubiere intimidación o violencia en las personas o fuerza en las cosas, se entenderá la pena duplicada, a no correspondiera otra mayor con arreglo a las disposiciones de este Código”. En el primer supuesto cuando la utilidad no excediere de 25 pesetas o el valor del perjuicio no fuese estimable el hecho será falta y no delito. En el número 2 hay exageración en hacer del mero paso por propiedad ajena plantada o sembrada de viñedos u olivares una falta; sobre todo cuando se dice que en la responsabilidad se incurrirá cualquiera que sea el motivo. El deseo de evitar daños probables en los plantíos y sembrados justificaría la prohibición, si a esta clase de heredades se limitara; pero no hay razón para extenderla a los olivares y viñedos donde ese peligro es muy remoto. Téngase en cuenta que no se trata aquí de daños causados, sino de penar el solo tránsito. El que causa daño, en cualquier género de fincas, responde siempre de él, con arreglo a otros artículos del Código, según su cuantía y circunstancias del acto concurrentes. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VII... Op. cit.*, Págs., 657-658. Artículo 609.- “Por el solo hecho de entrar en heredad murada y cercada sin permiso del dueño, incurrirá en la multa de 3 pesetas”. “Tiene el hecho previsto analogía con el penado en el número 4 del artículo 607. Dos cosas los diferencian: la primera y principal, que aquí no se habla de cerrada, sino murada o cercada. La puerta cerrada indica más la prohibición manifiesta del dueño de no consentir el ingreso, que la sola existencia de una tapia o muro de escasa altura. Además, para que la falta en el artículo 607, número 4º, tenga lugar por el ingreso en propiedad cercada, es necesario que se patentice la prohibición de entrar, prohibición que por sí sola no hace manifiesta, según el texto, la existencia de un muro o cerca”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VII... Op. cit.*, Pág., 658. Artículo 610.- “Serán castigados con la multa de 25 a 75 pesetas: 2º.- Los que destruyeren o destrozaren choza, albergue, setos, cercas, vallados u otras defensas de las propiedades”. “Hay que concordar este número con el artículo 579 que pena como delitos los daños que exceden de 50 pesetas, si no están comprendidos en los demás artículos del capítulo VIII del título XIII del libro II. La destrucción de chozas, albergues, setos, cercas, vallados u otras defensas de las propiedades, a nuestro juicio, sólo pueden castigarse como falta, al tenor de lo preceptuado en este número cuando el valor del daño realizado no exceda de 50 pesetas”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VII... Op. cit.*, Págs. 658-659. Artículo 618.- “Los que aprovechando aguas que pertenezcan a otros o distrayéndolas de su curso causaren daño cuyo importe no exceda de 50 pesetas, incurrirán en la multa del duplo al cuádruplo del daño causado”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias... Op. cit.*, Págs., 651-653. Tras la reforma operada por ley de 3 de enero de 1907, dispone el artículo 618: “Los que sustrayendo aguas que pertenezcan a otros o distrayéndolas de su curso causaren daño cuyo importe no exceda de 50 pesetas, incurrirán en la multa del duplo al cuádruplo del daño causado, si con arreglo a las disposiciones de este Código no les correspondiera otra mayor pena”. Si el daño excede de la cantidad de 50 pesetas, el hecho constituirá delito y deberá ser castigado en conformidad con el artículo 579. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VII... Op. cit.*, Pág., 666.

¹⁸⁰ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VI... Op. cit.*, Págs., 414-430.

2.2.5.- CÓDIGO PENAL DE CARLOS VII

Se trata de un Código dado en Estella el 2 de marzo de 1875 para que rigiera durante el período de la tercera guerra civil carlista, en los territorios ocupados por las tropas carlistas, salvo en aquellas Provincias regidas por Fueros particulares que estuviesen vigentes al fin de la guerra de los siete años (primera guerra carlista)¹⁸¹.

¹⁸¹ “La legislación penal, que con justa razón es tenida en los pueblos civilizados como garantía de orden público y baluarte de la seguridad individual, merece una atención preferente sobre otros ramos de la administración general que están al cuidado de los gobiernos. He fijado en ella la mía varias veces, y por fin veo llegado el momento de poder satisfacer, tanto la necesidad que en esa parte me dejaba sentir, cuanto el vivo deseo que Yo abrigaba. El Tribunal Supremo de Justicia, llenando cumplidamente la misión que tuve a bien confiarle en el decreto de su restablecimiento, ha redactado y sometido a mi aprobación el Código penal que le ha parecido podrá regir provisionalmente durante las actuales circunstancias de la guerra, así como también las reglas que para su aplicación ha considerado oportuno designar. En su virtud, y convencido Yo de que lo posible por ahora es lo que se me ha propuesto, Vengo en aprobarlo y en disponer se observen y guarden el citado Código y las mencionadas reglas con el expresado carácter de provisionales, aplicándose aquel y estas en las decisiones de los Juzgados y Tribunales por Mi establecidos y que se establezcan, sin perjuicio de que en las provincias regidas por Fueros particulares se cumplan las leyes penales contenidas en ellos y que hubiesen estado en observancia a la conclusión de la guerra de los siete años. Tendreislo entendido y dispondréis lo necesario para su cumplimiento”. *Real Decreto de 2 de marzo de 1875, dado por el Rey Carlos VII en Estella*. “Como paso previo a la pesquisa sobre la vigencia y la aplicación de este Código, me ha parecido pertinente escrutar la existencia de una forma o concreción de Estado capaz de sustentar aquél en orden a conferirle ese plus de realidad jurídica, de obligatoriedad –que es autoridad–, que va a emanciparlo de la categoría de esos otros códigos particulares con alguna proliferación en la época. Tenemos, pues, un Estado que, con tales infraestructuras, con esa ostentación –o detentación, si se prefiere– de poder, de soberanía, no podía menos que dictar leyes sentidas y acatadas como obligatorias por quienes entusiastamente se declaraban súbditos... (y un Estado de rebeldes a menudo tratado en pie de igualdad, de tú a tú, por el adversario gobierno liberal); tenemos, por ende, un Código Penal sancionado y promulgado por quien se dice soberano y es como tal reconocido en buena porción de España; tenemos, a despecho de las trabas interpuestas por la situación de contienda, un Estado articulado con todos sus signos exteriores, con sus instituciones, con su burocracia y su rutina también..., capaz, por lo tanto, de dar aplicación, en ejercicio del derecho a castigar que se arroga, a la norma penal dictada; tenemos, en fin, los tres ámbitos precisos para que ese Estado pueda regirse por aquel Código: el espacial (a grandes rasgos, la Vasconia, Navarra, el Maestrazgo castellanense y anfractuadas comarcas de Aragón y Cataluña, pero sólo en las dos primeras regiones con un aparato estatal eficaz), el temporal (de junio de 1875 a febrero del año siguiente) y el personal (es decir los súbditos). Acerca del primero, ya se ha sabido por Oyarzun «que la administración carlista fue muy rudimentaria [...] en los sectores de Cataluña y Centro», mas «en el Norte, [...] bastante amplia y perfecta». En cuanto al segundo, «durante el año 1875 estuvo en vigor en los territorios ocupados por las tropas de don Carlos de Borbón un Código penal» –noticia Cuello Calón–: el Real Decreto está fechado el 2 de marzo, pero hasta el 15 de mayo no ordena don Carlos su observancia, con dos semanas de *vacatio legis*, para el primer día del mes venidero; Estella, santuario y corte de los carlistas les fue tomada por las armas liberales el 19 de febrero de 1876 y su monarca cruzó la frontera con Francia, definitivamente derrotado, el día 28 de ese mismo mes: he ahí el período máximo que en teoría pudo abarcar la vigencia del Código de la zona sublevada...Y el último elemento constituye indeclinable correlato de la afirmación de un poder reconocido o acatado, pues es en los súbditos –o, bajo diversos principios, en los ciudadanos, que, además, lo legitiman– donde se manifiesta el Estado. Nada de esto, en resumidas cuentas, faltó al Estado carlista”. GÓMEZ DE MAYA, J.: << El Código Penal de Don Carlos VII >> en *Anales de Derecho*, nº 26, 2008. Universidad de Murcia. Págs., 106-108. *Vid.*, FERRER, M., TEJERA, D. Y ACEDO, J.F.: *Historia del Tradicionalismo español. Volumen 1-28*. Ediciones Trajano. Sevilla, 1941-1960.

Es un Código defensor de los principios políticos del tradicionalismo¹⁸². Su estructura y sistema, salvo por la distinta concepción política no difiere del Código reformado del año 1850. Suprime los delitos contra la Constitución, incluye ligeras variantes como el delito de disparo contra persona determinada, sustituye la palabra ciudadano por súbdito, y agrava las penas en los delitos contra la religión, el soberano, y la seguridad¹⁸³.

Como en el Código Penal de 1848, y su reforma de 1850, se tipifica la usurpación pacífica de bienes inmuebles (o derechos reales) que no sean de dominio público o comunal. Los artículos 428 a 430 integran el Capítulo III “*De la usurpación*”, del Título XIV “*Delitos contra la propiedad*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”, considerando la usurpación como delito, no sólo cuando se verificaba con violencia o intimidación en las personas, sino cuando se llevaba a cabo sin esos requisitos. Se mantiene idéntica ubicación sistemática y redacción que en “los códigos liberales”, salvo su numeración, y la pena establecida para la alteración de términos o lindes, que incluye la de arresto mayor, además de la pena de multa proporcional a la utilidad reportada¹⁸⁴.

¹⁸² “Ley para garantizar el “nuevo orden” (como hoy se dice), nada menos que de la Monarquía carlista, reaccionaria y teocrática, que el “pretendiente”, tras de las primeras guerras civiles que asolaron a España, quería imponer en la Península”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Pág., 718.

¹⁸³ DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I...* Op. cit., Pág. 198; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)...* Op. cit., Pág. 124; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I...* Op. cit., Págs., 641-642; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Pág., 718; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 108.

¹⁸⁴ Artículo 428.- “*Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá además de las penas en que incurra por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando nunca de 20 duros. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 20 a 200 duros*”. Artículo 429.- “*En el caso del artículo anterior, si el delito se cometiere sin violencia en las personas, la multa será del 25 al 50 por 100, no bajando nunca de 15 duros. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 15 a 100 duros*”. Artículo 430.- “*El que destruyere o alterar términos o lindes de los pueblos o heredades, o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de predios contiguos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado o debido reportar por la comisión del delito. Si no fuere estimable la utilidad, se le impondrá una multa de 20 a 200 duros*”. Código Penal de Carlos VII, por la gracia de Dios, Rey de España. Edición oficial. Tolosa, en la imprenta real, 1875. Págs., 104-105.

En materia de faltas, la misma regulación que en el Código Penal de 1848, y su reforma de 1850, encontramos en este Código Penal carlista, no habiendo sufrido más variación que la de su numeración¹⁸⁵.

2.2.6.- CÓDIGO PENAL DE 1928

Conocido como el Código de la Dictadura de Primo de Rivera¹⁸⁶. El Directorio Militar, se fijó como objetivos prioritarios la liquidación de los partidos políticos, el restablecimiento del orden y la finalización de la guerra en África.

Con la nueva concepción política autoritaria, se logró que el orden volviera a las calles, siendo esporádicos y aislados los desmanes y atentados terroristas. El Régimen dictatorial implantado en España por el General PRIMO DE RIVERA en 1923, determinó la promulgación de diversas disposiciones penales (leyes especiales y complementarias) dirigidas a la inmediata adecuación de la legislación penal vigente a la nueva concepción política autoritaria; culminando con el Código de 1928.

Se aprobó por el real decreto-ley de 8 de septiembre de 1928, siendo Ministro de Gracia y Justicia D. GALO PENTE, y rigiendo a partir del día 1 de enero de 1929.

En opinión de JUAN DEL ROSAL despuntan en las expresiones del legislador dos intenciones: una que sea un código expresivo de las circunstancias de entonces; otra, que a la par sea una ley realista y progresista. Siendo, pues, dos los sectores que animan

¹⁸⁵ Artículo 472.- “Serán castigados con las penas de arresto de cinco a quince días y multa de 5 a 15 duros: 7º.- Los que con violencia entraren a cazar o pescar en lugar cercado o vedado”. Artículo 473.- “Serán castigados con las penas de arresto de cinco a quince días, o una multa de 5 a 15 duros: 13º.- Los que destruyeren o destrozaren choza, albergue, cerca, vallado u otra defensa de heredad ajena, no excediendo el daño de 5 duros”. Artículo 477.- “El que aprovechando aguas de otro, o distrayéndolas de su curso causare daño que exceda de 2 duros y no pase de 25, será castigado con la multa del tanto al triplo del daño causado”. Artículo 483.- “Incurrirá en multa de ½ duro a 4: 23º.- El que entrare en heredad ajena para aprovechar el espigueo u otros restos de cosechas. 24º.- El que entrare en heredad ajena cerrada o cercada. 25º.- El que entrare sin violencia a cazar o pescar en sitio vedado o cerrado”. Artículo 486.- “El que aprovechando aguas de otro, o distrayéndolas de su curso causare daño que no exceda de 2 duros, será castigado con la multa del tanto al duplo del daño causado”. Código Penal de Carlos VII, por la gracia de Dios, Rey de España. Edición oficial. Tolosa, en la imprenta real, 1875. Págs., 114-120.

¹⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA se refiere a él como “Código Gubernativo”, o “Estatuto penal faccioso” en JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada... Op. cit.*, Pág., 718.

el pensamiento político-criminal del código: defensa y protección de los intereses políticos, pero con un sistema penal adecuado a la altura de aquel tiempo¹⁸⁷.

Como en el Código Penal de 1848 y la reforma de 1850, la usurpación no violenta se tipifica como delito. Como novedad enlaza la usurpación con el orden público (la sedición) en caso de simultaneidad o reiteración¹⁸⁸. Regula expresa y casuísticamente la responsabilidad civil al establecer la pertenencia de lo sembrado, plantado o edificado, sus frutos y mejoras.

¹⁸⁷ Cfr., DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I...* Op. cit., Págs. 198-199; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)...* Op. cit., Págs. 124-125; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 79-80; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I...* Op. cit., Págs., 657-747; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Págs., 723-728; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles...* Op. cit., Págs., 665-667; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 108-111; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 585. Poco después de entrar en vigor el Código Penal de 1870 debió sentirse la necesidad de modificarlo, pues se cita entre los proyectos de reforma uno atribuido a Salmerón, con fecha de 1873. Con el transcurso del tiempo se acentuaron los deseos de renovación de nuestra ley penal, elaborándose numerosos proyectos de los cuales, unos tendían a armonizar el Código con la Constitución de 1876, pues como es sabido, aquél se promulgó hallándose en vigor la de 1869, y otros a introducir en el texto legal las modificaciones que demandaban los progresos de las ciencias penales y los cambios verificados en todos los órdenes de la vida. Entre los proyectos de reforma, que fueron muy numerosos, merece citarse especialmente el de Alonso Martínez (1882), así como el proyecto de Ley de bases del mismo (1886); el de Silvela (1884), que dejó profunda huella en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y en el Código Penal de la Zona española de Marruecos de 1914; y el de 1912, redactado por los Sres. Landeira y Covián, en el que se nota, especialmente en su libro segundo, un marcado influjo del Código penal italiano de 1889. CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código penal español (Exposición y comentario). Libro primero.* Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1929. Págs., 1-2.

¹⁸⁸ “El robo y el hurto son a las cosas muebles lo que la usurpación es a las inmuebles”. JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.- Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de “La Gaceta Regional”) Salamanca, 1929. Pág., 341. “En esta clase de delitos [delitos contra la propiedad] se aumentan considerablemente las penas... Las variaciones principales en todos estos delitos son las siguientes: ... La ocupación de un inmueble o usurpación de un derecho real por sí o por medio de otro, sin violencia ni intimidación en las personas y sin título legal para ello, constituye delito; y la comisión simultánea o reiterada de estos delitos en breve período de tiempo en un mismo término municipal, puede considerarla el tribunal constitutiva de delito de sedición, cuando estime que existe confabulación o ilícita inteligencia entre sus autores; así los dispone el artículo 709. También es delito de usurpación utilizar, alterar o detener fraudulentamente el curso de las aguas o sus aprovechamientos legales (art. 710); así como solicitar y obtener inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad de títulos o documentos falsos o nulos, teniendo previo conocimiento de las causas que producen la falsedad o nulidad, precepto del artículo 711.” SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código Penal de 1928 su estudio y comparación con el de 1870.* (Imprenta Clásica Española). Madrid, 1928. Págs., 187-190. “De acuerdo con el sistema dictatorial en que nace, endurece el delito de usurpación al incluir nuevamente, en su art. 709, la cometida sin violencia ni intimidación en las personas... La nueva incriminación de la usurpación no violenta supone una posición rigorista que se acrecienta en el último párrafo del precepto al admitir la posibilidad de considerar la conducta como constitutiva de delito de sedición”. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... Op. cit., Pág., 402.

Los artículos 707 a 711 integran el Capítulo III “*Delitos de usurpación*”, del Título XIV “*Delitos contra la propiedad*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Artículo 707.- “*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriera por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, y que no podrá ser inferior a 1.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 1.000 a 2.000 pesetas*”. “Exige el delito del artículo 707 una violencia o intimidación en las personas o una fuerza en las cosas, la ocupación de una cosa inmueble o la usurpación de un derecho real (artículo 334 del Código civil) de ajena pertenencia. Concuerda exactamente con el artículo 534 del Código penal anterior. Más en este no existía el supuesto del artículo 709 de la Ley vigente, por cuyo precepto abogó nuestro cultísimo compañero don José María Carreras Arredondo, en un precioso trabajo doctrinal publicado cuando la comisión confeccionaba el proyecto, si bien en ese trabajo se pedía la consideración de falta, cuando menos, para la usurpación sin violencia a fin de remediar los inconvenientes prácticos que resultaban de requerirse siempre el requisito de la violencia o fuerza para la existencia de tal figura de delito”. JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.- Libros II y III. Artículos 215 al 858*. (imp. de “La Gaceta Regional”) Salamanca, 1929. Pág., 341. Cometan este delito los guardas del Ayuntamiento que entran en finca particular con oposición del guarda de la misma a quien intimidó la actitud de los usurpadores, y cortan algunos quintales de esparto. Asimismo cometen este delito los que luego de predicaciones y campañas sediciosas por la comarca y de amenazar algunos terratenientes, intimidan con grosera frase y tonos amenazadores a unos propietarios de tierras, logrando por tales medios roturar, sembrar y hasta recolectar algunas de ellas. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal de 8 de septiembre de 1928 con las rectificaciones acordadas por R.O. de 30 de octubre de 1928 y las aclaraciones dispuestas por R.D. Ley de 10 de diciembre del mismo año. (Contiene las concordancias de sus artículos entre sí y con otros Códigos y Leyes españoles, una selección de jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al nuevo texto legal, tablas de correspondencia entre el articulado del Código de 1870 y la nueva Ley y viceversa, y un extenso índice alfabético)*. Ed. Bosch. Barcelona, 1929. Pág., 317. Artículo 708.- “*El que, con ánimo de lucro, destruyere o alterare los términos o lindes de pueblos o heredades, o cualquier clase de señales destinadas a fijar permanentemente los derechos de propiedad, pastos, aguas u otro disfrute, será castigado con la multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Si no se hubiere propuesto obtener ningún lucro o no fuere estimable la utilidad, se impondrá solamente una multa de 1.000 a 3.000 pesetas*”. Artículo 709.- “*El que por sí o por medio de otro, sin ejercer violencia ni intimidación en las personas, y sin título alguno legal, ocupara o utilizara alguna cosa inmueble o usurpara un derecho real de ajena pertenencia, será castigado con la pena de dos meses y un día a cuatro meses de prisión o multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Lo sembrado, plantado, o edificado, así como los frutos, productos o beneficios obtenidos y mejoras realizadas, se considerarán de la pertenencia del legítimo propietario de lo ocupado, utilizado o usurpado, y le será entregado en su caso. La comisión simultánea o la reiterada de estos delitos en breve período de tiempo en un mismo término municipal, podrá considerarse como constitutiva de delito de sedición, cuando el Tribunal estime racionalmente la existencia de confabulación o de ilícita inteligencia entre sus autores*”. [La sedición se tipifica en el Capítulo II, del Título III “*Delitos contra el orden público*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”]. “La acción civil interdicial no era elegida por los poseedores legítimos porque los cuantiosos gastos del procedimiento acaso sobrepasaban el valor de la propiedad o derecho real usurpado, y en cambio, los injustos detentadores se defendían como *pobres* hasta que elpreciado venero aburría al litigante rico. Resultado de ello era la protección tácita que la Ley prestaba al detentador. Con el precepto del artículo 709, bien puede decir el docto compañero [don José María Carreras Arredondo] que han sido escuchados sus clamores. Claro está que no se comete el delito de usurpación en todos los casos de despojo, aunque se ha retrotraído el Código de 1928 a los preceptos del de 1850 que calificaba de delito de usurpación la ocupación de una cosa inmueble, o la usurpación de un derecho real de ajena pertenencia, ya se cometiera con violencia ya sin ella, haciendo confundir la procedencia de las acciones civil y penal, por lo que entonces se dio y ahora surge de nuevo la duda de si todos los casos en que cabe el interdicto existe el delito de usurpación. Adviértase que el Código exige la inexistencia de título legal, y desde luego, la intención clara y evidente de apropiación [léase apropiación], el ánimo de lucro, probados cuyos extremos surgirá el delito para cuya persecución, si en el interdicto entiende el juez o tribunal que puede haberlo se pasarán los autos al Fiscal para si procede promover la acción penal... En este caso no debe suspenderse el procedimiento civil, como parece desprenderse del artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento, en razón a que no ha de fundarse exclusivamente la sentencia en el supuesto de la

En la esfera del Libro III “*De las faltas y sus penas*”, y en el concreto ámbito de su Título VI “*De las faltas contra la propiedad*”, en el Capítulo II “*Uso arbitrario de la propiedad inmueble*”, encontramos algunos tipos de faltas relacionados con la figura de referencia¹⁹⁰.

existencia de delito, que es el caso de dicho artículo. Para evitar litigios al propietario dispone la Ley que lo sembrado, plantado, o edificado, los frutos, productos o beneficios obtenidos y las mejoras realizadas, serán entregados al propietario. Y como una de las formas del delito de sedición es el despojo con objeto político o social de todos o parte de los bienes a los propietarios del Municipio, de la Provincia, o del Estado, o de otra cualquiera clase determinada, o la tala o destrucción, de dichos bienes, permite el párrafo tercero del mismo artículo 709 entender por sedición la usurpación simultánea o reiterada en breve período de tiempo en un mismo término municipal, si racionalmente puede suponerse que hay confabulación o inteligencia entre los autores. Como se ve se otorga al arbitrio judicial la fijación concreta de ese *breve* tiempo y la apreciación de la confabulación. Desde luego que para usar de ese atributo es preciso que existan distintos delitos de usurpación y distintos autores dentro del mismo término municipal”. JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.- Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de “La Gaceta Regional”) Salamanca, 1929. Págs., 341-342. Artículo 710.- “*Incurrirán en las penas señaladas en el artículo 708, los que fraudulentamente utilicen, alteren o detengan el curso de las aguas o sus aprovechamientos legales*”. “Los artículos 708 y 710 concuerdan con el 535 del Código anterior sin que merezcan nota alguna”. JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.- Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de “La Gaceta Regional”) Salamanca, 1929. Pág., 342. Artículo 711.- “*Incurrirá en las penas señaladas en el artículo 707, como usurpador de la propiedad ajena, el que solicitare y obtuviere a su favor la inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad de títulos o documentos falsos o nulos, teniendo previo conocimiento de las causas que producen la falsedad o nulidad*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias...* Op. cit., Págs., 906-907. “La inscripción en el Registro de la Propiedad no convalida los actos nulos: ese es un principio hipotecario. Sin perjuicio de tal garantía a favor del legítimo dueño o poseedor, cuando se pretenda y obtenga la inscripción o anotación de títulos nulos o falsos, se comete el delito del artículo 711, pero nótese que no es suficiente la *petición*, sino también la *obtención* del asiento en los libros del Registro de la Propiedad. Sin embargo entendemos que la sola petición constituye un delito de esta naturaleza en grado de tentativa”. JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.- Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de “La Gaceta Regional”) Salamanca, 1929. Pág., 342. MANZANARES SAMANIEGO considera que la ausencia de multa proporcional a la utilidad reportada en la conducta del primer párrafo del artículo 709, y la alternatividad entre multa o prisión, supone la valoración añadida de un bien jurídico distinto al patrimonio, al decir “aquí ya no hay multa proporcional a la utilidad reportada, como en el art. 707, sino prisión o multa autónoma, lo que (dicho sea de paso) no se entiende bien en cuanto a la conminación con pena privativa de libertad, puesto que la diferencia básica con el delito del artículo 707 es precisamente la falta de violencia o intimidación en las personas. Una explicación parcial pudiera hallarse en la valoración añadida de un bien jurídico distinto al patrimonio (según indicaría la alternatividad entre la prisión y la multa no vinculada a ninguna utilidad obtenida), aunque así se olvide que en principio el pluriobjetivo carácter del ataque no tiene por qué depender de la ausencia de aquellas circunstancias”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Págs., 906-907.

¹⁹⁰ Artículo 829.- “*Serán castigados con la pena de uno a veinte días de arresto: 1º.- Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto. 2º.- Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales, para echarlos en el acto a caballerías o ganados. 3º.- Los que sin permiso del dueño entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espigueo u otros restos de aquella*”. Artículo 830.- “*Serán castigados con multa de 5 a 50 pesetas: 1º.- Los que entraren sin violencia a cazar o pescar en heredad cerrada o campo vedado, sin permiso del dueño. 2º.- Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos o sembrados. 3º.- Los que entraren en heredad murada o cercada sin permiso del dueño*”. Artículo 831.- “*Serán castigados con la multa de 25 a 250 pesetas: 1º.- Los que llevando carruajes, caballerías o animales dañinos, cometieren alguno de los excesos previstos en los dos artículos anteriores si por razón del daño no merecieren pena mayor. 2º.- Los que destruyeren o destrozaren choza, albergue, setos,*

2.2.7.- CÓDIGO PENAL DE 1932

Al día siguiente de la proclamación de la II República, el 14 de abril de 1931, se declaró anulado el código de 1.928 restableciéndose la vigencia del de 1870 convenientemente republicanizado¹⁹¹.

El 5 de noviembre de 1932 se promulgó el nuevo Código que entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año. Se le considera una reforma del de 1870 armonizado a la Constitución de 1.931

cercas, vallados u otras defensas de las propiedades, causando daño que no exceda de 100 pesetas". Artículo 832.- "Los que con violencia o intimidación cometieren las faltas previstas en el artículo 829, en los números 2º y 3º del 830 y 831, serán castigados con la pena de arresto de quince días a dos meses y multa de 25 a 100 pesetas, a no ser que el hecho constituya delito". LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias...* Op. cit., Págs., 945-947. "La entrada en heredad o campo ajeno para coger mieses en el acto y echarlas al ganado, exige la introducción de propósito de caballerías o ganados, sin que por ello pueda también estimarse cometida la falta del artículo 835, pues para la integridad de esta última es requisito esencial que el daño se cause por el ganado, bien al atravesar las fincas o al pastar en ellas. Otra de las faltas que se pueden cometer por entrar en heredad ajena, es cuando la entrada se efectúa para aprovechar el espigueo o los restos de los mismos... Y también es falta la entrada en heredad murada o cercada, sin permiso del dueño. Tanto en una como en otra falta se exige que no exista autorización del dueño: es natural tratándose de faltas contra la propiedad; pero creemos preciso advertir, respecto de la primera de las citadas, que el permiso se supone denegado cuando la heredad está cerrada o cercada con manifiesta prohibición de entrar en ella, lo cual no acontece cuando no hay valla o cerramiento para impedir el paso". JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.- Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de "La Gaceta Regional") Salamanca, 1929. Págs., 421-422. Los artículos 833 a 835 sancionan a los dueños o encargados de ganado que por abandono o negligencia entraren en heredad ajena y causaren daños, así como la entrada sin causar daños careciendo de permiso para ello. Mayor pena se impone si se introducen de propósito.

¹⁹¹ "Decreto de 15 de abril de 1931: Por haber sido uno de los mayores desafueros dictatoriales, contrario a los principios básicos de cultura jurídica, el uso y abuso al cabo sistemático de las Ordenanzas penales, absolutamente nulas, el Gobierno de la República, recogiendo las protestas casi unánimes que contra ese atentado a la libertad y a los principios jurídicos habían formulado la opinión pública y las colectividades profesionales, decreta lo siguiente: Artículo primero. Queda anulado, sin ningún valor ni efecto, el titulado Código penal de 1928. Igual declaración de nulidad se extiende a todos los titulados Decretos-Leyes de la Dictadura, que establecieron o modificaron definición de delitos o fijación de penas". Departamento: Presidencia del Gobierno. Decreto disponiendo quede anulado sin ningún valor ni efecto el titulado Código de 1928, como igualmente los titulados decretos-leyes de la Dictadura que establecieron o modificaron definición de delitos o fijación de penas. *Gaceta de Madrid*. Núm. 106, de 16/04/1931, Pág., 198. "El propósito del legislador fue de nulidad radical, sin respetar las situaciones jurídicas nacidas del Código, como si no hubiese existido nunca, cosa que normalmente se respeta al ser derogada una Ley. La derogación apresurada de la obra legislativa de la Dictadura, produjo gran desorden en la Administración de Justicia, por el vacío legislativo en muchos casos, y por la falta de disposiciones transitorias en otros". LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I...* Op. cit., Págs., 745-746. "Supongamos... que una partida de monárquicos se rebela contra el Estado republicano. El Código legislaba el caso inverso (republicanos rebeldes contra la Monarquía), pero es natural que no consignase el tipo de rebelión contra la República. Era urgente republicanizar el Código". JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Pág., 730.

En opinión de JUAN DEL ROSAL la reforma surge del seno de las condiciones políticas, pero al amparo de éstas se verifica una enorme poda en el articulado, de índole técnica. Unas, tienden a modernizar vocablos y vetustas designaciones. Otras, obtienen nuevas redacciones de artículos, inspirados en modelos político-criminales recientes o en intereses escuetamente políticos¹⁹².

La restauración del Código Penal de 1870 y la posterior elaboración del nuevo como una reforma armonizada del de 1870, tiene como consecuencia la despenalización *como delito* de la usurpación pacífica¹⁹³.

Los artículos 509 y 510 que integran el Capítulo III “*Usurpación*”, del Título XIV “*De los delitos contra la propiedad*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*” regulan esta figura delictiva¹⁹⁴.

¹⁹² Cfr., DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I...* Op. cit., Págs. 199-200; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)...* Op. cit., Págs. 125-126; BURGOS PAVÓN, F.: << Tema 2. Evolución del Derecho Penal español. Los distintos Códigos Penales españoles. El Código Penal de 1995 >> en *Derecho Penal. Temario oposiciones a la Carrera Judicial y Fiscal*. Ed. Cef. Madrid, 2008. Pág., 3. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias...* Op. cit., Págs., 969-971; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1...* Op. cit., Págs., 749-795; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 80-81; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Págs., 729-757; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 111-113; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 585-586.

¹⁹³ “Presto el Código Penal aparecerá parcialmente reformado. Con una fina percepción de lo que es para un país el Código Penal, la Comisión Jurídica Asesora ha sabido hacer justo uso de las facultades en ella depositadas por el Gobierno, para proceder a una nueva estructura de nuestra legislación penal. El que nos va a regir en cercana fecha, no es un Código nuevo, sino el existente, con las reformas más imperiosas que nuestra Constitución y el viejo texto de aquél exigían. No olvidemos que, si bien nuestro Código Penal lleva la data de 1870, es en realidad 1848 la que debe estimarse como verdadera, ya que las reformas de los años 50 y 70 (sólo indicamos las más importantes) no bastan a desvirtuar la primitiva estructura y concepción, debidas casi exclusivamente a don Joaquín Francisco Pacheco”. LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.: *La reforma del Código Penal Español, 5 de noviembre de 1932 (separado de la Revista de Derecho Público, número 11, noviembre de 1932)*. Imp. De Galo Sáez. Madrid, 1932. Págs., 5-6. “El Código Penal de 1932 desprecia la regulación del Código de la Dictadura y vuelve, con algunas variantes, a la regulación de 1870. En efecto, la concordancia entre el art. 509 del nuevo Código y el art. 534 del Código Penal de 1870 es total, salvo la lógica variación de la cuantía de las multas... El artículo 510... vuelve también al concordante precepto del Código Penal de 1870, art. 535, con la modificación que éste había sufrido por Ley de 3 de enero de 1907”. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... Op. cit., Pág., 403. Vid., JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república*. Ed. Reus, 1ª edición. Madrid, 1934.

En el ámbito de las faltas, el Título IV “*Faltas contra la propiedad*”, del Libro III “*Faltas y sus penas*”, encontramos los artículos 582 a 584, relacionados con la figura de referencia¹⁹⁵.

¹⁹⁴ “Este capítulo de la usurpación tiene poca aplicación en los tribunales de lo Criminal, porque muchas usurpaciones dan lugar al ejercicio de acciones interdictales, y otras las verdaderamente graves, que participan de la forma sediciosa, y que hoy por desgracia tanto se repiten, esas están siendo objeto de procedimiento cuando esto escribimos y nada podemos y debemos decir. Jurisprudencia reciente relacionada con el capítulo que comentamos, no la conocemos, y por eso no la damos”. NÚÑEZ DE CEPEDA, H.: *1870-Código Penal-1932. Comentarios. Jurisprudencia. Tablas de penas*. (Litografía e imprenta Roel). La Coruña, 1932. Págs., 379-380. Disponen así los artículos 509 y 510: Artículo 509.- “*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando nunca de 250 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 250 a 2.500 pesetas*”. Para que la usurpación tenga carácter delictivo ha de mediar violencia o intimidación. Es decir, que la usurpación no coactiva ni impositiva no está tutelada penalmente, y el propietario habrá de acudir a los Tribunales de orden civil ejercitando la acción interdictal. En cambio tanto el Código penal de 1850 (art. 441), como el de la Dictadura (art. 709), tipificaban la forma furtiva. Cometan este delito los que, después de predicaciones sediciosas por la comarca y de amenazar a los propietarios, penetran en las fincas y proceden a roturarlas, sembrarlas y hasta recolectar. LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., Y ÁLVAREZ-VALDÉS, F.: *El nuevo Código Penal (notas, jurisprudencia, tablas, referencias, etc.)*. Ed. Revista de Derecho Privado, (Imprenta de Galo Sáez), Madrid, 1933. Págs., 487-488. Este delito requiere la concurrencia de violencia o intimidación. Cometan este delito los guardas del Ayuntamiento que entran en finca particular con oposición del guarda de la misma a quien intimidó la actitud de los usurpadores, y cortan algunos quintales de esparto. Asimismo cometen este delito los que luego de predicaciones y campañas sediciosas por la comarca y de amenazar algunos terratenientes, intimidan con grosera frase y tonos amenazadores a unos propietarios de tierras, logrando por tales medios roturar, sembrar y hasta recolectar algunas de ellas. Constituye este delito el aprovechamiento de aguas perteneciente a una comunidad de regantes, pues el derecho a utilizar aguas para el riego constituye un derecho real cuya posesión y propiedad se reintegran o reivindican por las mismas vías que los demás derechos reales. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal reformado, de 27 de octubre de 1932*. Ed. Bosch, 4ª edición. Barcelona, 1941. Pág., 382. Artículo 510.- “*El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades, demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajerse el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 50 pesetas*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias... Op. cit.*, Pág., 1.131. La nota característica del delito de alteración de lindes consiste en el despojo cauteloso de una propiedad inmueble, bien con ánimo de lucro o con el de dañar a un tercero. Constituye este delito la alteración de lindes con merma de inmueble ajeno de la que se aprovecha el culpable con ánimo de defraudar. Asimismo constituye este delito el hecho de roturar un pedazo de terreno y apropiarse un pozo utilizado por el común de vecinos, agregándolo al procesado a una finca suya. Si no concurre ánimo de defraudar no existe este delito. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal reformado, de 27 de octubre de 1932*. Ed. Bosch, 4ª edición. Barcelona, 1941. Pág., 383.

¹⁹⁵ Artículo 582.- “*Serán castigados con la pena de 1 a 15 días de arresto menor: 1º.- Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto. 2º.- Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales, para echarlos en el acto a caballerías o ganados. 3º.- Los que sin permiso del dueño, entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espigueo u otros restos de aquella. 4º.- Los que entraren en heredad ajena cerrada o en la cercada, si estuviere manifiesta la prohibición de entrar*”. No basta la entrada en heredad ajena, sino que es preciso que ésta se halle cerrada o cercada; sin que baste ni el acotamiento, ni los rótulos prohibitivos de entrada. LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., Y ÁLVAREZ-VALDÉS, F.: *El nuevo Código Penal (notas, jurisprudencia, tablas, referencias, etc.)*. Ed. Revista de Derecho Privado, (Imprenta de Galo Sáez), Madrid, 1933. Pág., 581. Artículo 583.- “*1º.- El que ejecutare los actos*

La ocupación pacífica parece relegarse a la categoría de falta. Como hemos indicado antes, otra interpretación llevaría al absurdo jurídico (y debe rechazarse toda interpretación que conduzca a él, -argumento *ad absurdo*-); pues no tendría sentido que se tipificase la entrada sin violencia o intimidación en heredad murada y cercada sin permiso del dueño, y se considerase atípica la conducta más grave de ocupar sin autorización debida o mantenerse contra la voluntad de su titular (que implica necesariamente una previa entrada).

2.2.8.- CÓDIGO PENAL DE 1944. REFORMAS POSTERIORES

La nueva organización del Estado surgido del movimiento iniciado el 18 de julio de 1936, derogó, apenas triunfante, la legislación penal hasta entonces vigente, ya que los supuestos histórico-sociales en que se asentaba eran de signo radicalmente contrario al de los republicanos.

Se intenta concretar esta exigencia de reforma penal, de un lado, en un proyecto del año 1938 debido al profesor CASTEJÓN¹⁹⁶. Y, posteriormente, se confecciona otro

comprendidos en el art. 510, si la utilidad no excediere de 50 pesetas o no fuese estimable, será castigado con la multa de 5 a 250 pesetas. 2º.- Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares, serán castigados con la multa de 5 a 50 pesetas. Si en ambos casos hubiere intimidación o violencia en las personas o fuerza en las cosas, se entenderá la pena duplicada, a no corresponder otra mayor con arreglo a las disposiciones de este Código". Incurre en esta falta: el pastor que entra con el rebaño, pues la responsabilidad no se limita al dueño; el que entra con un carro en finca ajena; el que atraviesa con caballerías un sembrado aun cuando alegue el derecho de tránsito por existir senda, si esto no se ha demostrado. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal reformado, de 27 de octubre de 1932*. Ed. Bosch, 4ª edición. Barcelona, 1941. Pág., 456. Artículo 584.- "*Por el solo hecho de entrar en heredad murada y cercada sin permiso del dueño, incurrirá en la multa de 5 pesetas*". No basta que la finca esté deslindada y amojonada, sino que es preciso que esté murada y cercada. LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., Y ÁLVAREZ-VALDÉS, F.: *El nuevo Código Penal (notas, jurisprudencia, tablas, referencias, etc.)*. Ed. Revista de Derecho Privado, (Imprenta de Galo Sáez), Madrid, 1933. Pág., 582. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias... Op. cit.*, Págs., 1.153-1.154. No incurre en esta falta el que entra en una finca no murada o cerrada, sino simplemente deslindada y amojonada. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal reformado, de 27 de octubre de 1932*. Ed. Bosch, 4ª edición. Barcelona, 1941. Pág., 456.

¹⁹⁶ Anteproyecto de Código penal formulado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de la Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S., impreso en Salamanca por Núñez, en el que "puso su mano" Federico Castejón. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada... Op. cit.*, Pág., 758; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 114-115. *Vid.*, CASABO RUIZ, J.F.: *El anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. (Estudio preliminar y edición)*. Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico. Murcia, 1978.

proyecto por el Ministro de Justicia en el 1939, que tampoco tuvo fortuna¹⁹⁷. Ninguno de ellos pesó en la redacción de la reforma del año 1944, siendo a la sazón ministro del ramo EDUARDO AUNÓS¹⁹⁸.

Por Decreto de 23 de diciembre de 1944 se aprobó el texto Refundido del Código Penal que fue promulgado, mediante publicación en el BOE, el 13 de enero de 1945¹⁹⁹. Según su preámbulo: "... el Código de delitos y penas y la Ley de Prisiones, significan el amparo de la Autoridad para el vivir pacífico de los españoles y la eficaz sanción de la Ley para los que se aparten de las reglas de la moralidad y rectitud que son norma de toda sociedad iluminada en su marcha a través de los caminos de la Historia por los reparadores principios del Cristianismo y el sentido católico de la vida"²⁰⁰.

¹⁹⁷ Vid., CASABO RUIZ, J.F.: *El Proyecto de Código penal de 1939. (Estudio preliminar y edición)*. Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico. Murcia, 1978.

¹⁹⁸ Cfr., DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I...* Op. cit., Págs. 200-202; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)...* Op. cit., Págs. 126-136; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1...* Op. cit., Págs., 797-852; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 82-88; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Op. cit., Pág., 757-764; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 113-118; GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)...* Op. cit., Págs., 586-587.

¹⁹⁹ "El Código Penal, texto refundido de 1944, ha sido redactado de acuerdo con la Ley de 19 de julio de 1944 y sometido a revisión técnica por la Comisión nombrada en Orden ministerial de 21 de octubre último y a consulta del Consejo de Estado por lo que se refiere al uso de la autorización concedida por las Cortes. Limitado el propósito de la Ley de 19 de julio a refundir con escasas modificaciones el Código Penal de 1932, en espera de la posible reforma total del mismo, a tal propósito, especificado con precisión en el articulado de dicha Ley, se reduce el Código adjunto, que como su título expresa, "Código Penal, texto refundido de 1944", no es una reforma total, ni una obra nueva, sino una edición renovado actualizada de nuestro viejo Cuerpo de Leyes Penales que, en su sistema fundamental, y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1848. Toda reforma de legislación represiva mira a tres sectores, que de su exacta compenetración depende la justicia y eficacia de la nueva Ley de delitos y penas, y que son: la parte técnica, inspirada por la aplicación judicial de los principios científicos; la parte política, que responde al concepto de Gobierno y las líneas esenciales del instrumento de defensa general que significa la Ley punitiva; y la parte social, que es la consagración por el legislador del acervo de cultura y sentimientos de la nación que ha de regir. Respondiendo a tan variados elementos de reforma penal, han cooperado a la formación del Código adjunto las Cortes, aportando el sentir nacional; la Comisión revisora, llevando la voz de la técnica y de la aplicación forense; y el Consejo de Estado, señalando el ajuste de la obra realizada a la autorización legislativa...". Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 13, de 13/01/1945. Departamento: Ministerio de Justicia. Pág., 427.

²⁰⁰ Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 13, de 13/01/1945. Departamento: Ministerio de Justicia. Pág., 428.

Referente a la usurpación, se encuentra regulado en el Capítulo III “*De la usurpación*”, del Título XIII “*De los delitos contra la propiedad*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”, que integra los artículos 517 y 518. La redacción es la misma que la del Código Penal de 1932 incrementándose la cuantía de las penas²⁰¹.

En el ámbito de las faltas, el Título IV “*De las faltas contra la propiedad*”, del Libro III “*De las faltas y sus penas*”, encontramos los artículos 588 y ss., relacionados con la usurpación²⁰².

²⁰¹ Artículo 517.- “*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 1.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 1.000 a 2.500 pesetas*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias... Op. cit.*, Pág., 1.317. Este delito requiere la concurrencia de violencia o intimidación en las personas, sin que baste a estos efectos que se lleve a cabo empleando fuerza en las cosas, y la oposición no supone, ni mucho menos, violencia cuando no se añada en que consistió. Cometan este delito los guardas del Ayuntamiento que entran en finca particular con oposición del guarda de la misma, a quien intimidó la actitud de los usurpadores, y cortan algunos quintales de esparto. Asimismo cometen este delito los que luego de predicaciones y campañas sediciosas por la comarca y de amenazar algunos terratenientes, intimidan con grosera frase y tonos amenazadores a unos propietarios de tierras, logrando por tales medios roturar, sembrar y hasta recolectar algunas de ellas. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal. Texto refundido de 1944 y Leyes especiales. Anotados y comentados*. Ed. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1946. Págs., 489-490. Artículo 518.- “*El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajerse el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 50 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 1.000 pesetas*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias... Op. cit.*, Pág., 1.317. La nota característica del delito de alteración de lindes consiste en el despojo cauteloso de una propiedad inmueble, bien con ánimo de lucro o con el de dañar a un tercero. Es utilidad la obtenida ensanchando la finca y aumentando su valor con el del terreno usurpado y no solo la transitoria y eventual que se pueda obtener con la siembra de éste. Si no concurre ánimo de defraudar no existe este delito. Si la sustracción de aguas no se hace con ánimo de defraudar, sino en la creencia racional y fundada de ejercitar un derecho, no se comete este delito. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal. Texto refundido de 1944 y Leyes especiales. Anotados y comentados... Op. cit.*, Págs., 490-491.

²⁰² Artículo 588.- “*Serán castigados con la pena de 1 a 15 días de arresto menor: 1º.- Los que entren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto. 2º.- Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales, para echarlos en el acto a caballerías o ganados. 3º.- Los que, sin permiso del dueño, entren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espiguelo u otros restos de ésta*”. En relación con el apartado primero, constituye esta falta y no un delito de hurto el hecho de entrar en finca ajena abierta, destapar una colmena y comer en el acto miel; o entrar en una viña y coger uva, siendo sorprendidos en el momento de prepararse a comerla. En relación con el apartado segundo integra esta falta el hecho de sustraer varios sacos de avena para darlos seguidamente a los caballos. Conforme al último apartado incurre en esta sanción el que introduce su ganado en una finca antes de que se haya levantado toda la cosecha y faltando bastante por segar, cualquiera que fuesen sus derechos al espiguelo y rastrojera. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal. Texto refundido de 1944 y Leyes especiales. Anotados y comentados... Op. cit.*, Págs., 579-580. Artículo 589.- “*Serán castigados: 1º.- El que ejecutare los actos*

Sostenemos el mismo planteamiento que al hablar del Código Penal de 1870 y 1932, al considerar que la ocupación pacífica parece relegarse a la categoría de falta, pues otra interpretación llevaría al absurdo jurídico.

A) *Propuestas de tipificación de la Fiscalía*

A través de las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que permiten conocer el estado de la justicia patria en un momento dado, tal como se ofrece a los Fiscales españoles en lo que pudiera llamarse su *mundo circundante*, tener una idea bastante aproximada de una realidad total, y derivar de su conocimiento muy útiles y provechosas enseñanzas; tanto en el año 1947, como 1953, se instó a la tipificación de la usurpación pacífica, como ya sucediera en el Código Penal de 1848, reforma de 1850, y 1928, a fin de resolver lagunas legales²⁰³.

comprendidos en el art. 518, si la utilidad no excediere de 250 pesetas o no fuese estimable, con la multa de 25 a 250 pesetas. 2º.- Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares, con la multa de 5 a 50 pesetas. Si en ambos casos hubiere intimidación o violencia leves en las personas o fuerza en las cosas, se entenderá la pena duplicada". Es requisito esencial que el sembrado que haya sido atravesado pertenezca a alguna persona individual o colectiva. No hay falta si el sembrado que cruza el denunciado con el carruaje constituía camino público. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal. Texto refundido de 1944 y Leyes especiales. Anotados y comentados... Op. cit.*, Pág., 580. Artículo 590.- *"Por el solo hecho de entrar en heredad murada o cercada sin permiso del dueño, se impondrá al culpable la multa de 10 pesetas."* No incurre en esta falta el que entra en una finca no murada o cerrada, sino simplemente deslindada y amojonada. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal. Texto refundido de 1944 y Leyes especiales. Anotados y comentados... Op. cit.*, Págs., 580-581. Artículo 599.- *"Los que sustrayendo aguas que pertenezcan a otros, o distrayéndolas de su curso, causaren daño cuyo importe no exceda de 250 pesetas, incurrirán en la multa del duplo al cuádruplo del daño causado"*. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias... Op. cit.*, Págs., 1.341-1.344. Comete esta falta el que para desviar las aguas practica un nuevo cauce obstruyendo el antiguo con terrones de tierra, impidiendo el riego del prado colindante. El que en perjuicio del dueño de un prado utiliza las aguas que discurren por una boca de riego causando un daño; y el que para que entre mayor cantidad de agua por el cauce de un río, donde tenía un molino, abre un boquete en la presa que llevaba las aguas de dicho río al cauce y molino del denunciante. No comete, sin embargo, esta falta el que teniendo derecho a regar altera sólo el turno establecido al efecto, pues tal conducta es únicamente una infracción de las Ordenanzas de la competencia del Jurado de Riegos. CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal. Texto refundido de 1944 y Leyes especiales. Anotados y comentados... Op. cit.*, Págs., 585-586.

²⁰³ "Tienen las Memorias anuales redactadas por Fiscalía, entre todas las calidades buenas o malas que pueda atribuirles el curioso lector, una nota que a todas preside y que por modesta que sea la aportación que se haga rinde positiva utilidad: la de dar a conocer el estado de la justicia patria en un momento dado, tal como se ofrece a los Fiscales españoles en lo que pudiera llamarse con razón su mundo circundante. Con todos los peligros que pueden derivar de una visión de las cosas forenses que no tome en consideración sino problemas locales, lo cierto es que cuando todas esas cuestiones se ofrecen al que ha de contemplarlas desde su puesto de mando, por poca que sea la agudeza de espíritu y la destreza del que maneja esos datos, concluye por tener una idea bastante aproximada de una realidad total que permite, con poco esfuerzo, derivar de su conocimiento muy útiles y provechosas enseñanzas. El espectador superficial de estos trabajos, suele pasar indiferentemente la vista por ellos y, a veces, les atribuye falta de

En la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1947 se incluye el postulado del Fiscal de Tenerife, el cual *“propone la reforma del concepto de la usurpación de inmuebles, que debe ser punible aunque se realice sin violencia o intimidación, sino simplemente, sin derecho”*²⁰⁴.

Seis años después, en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1953 se recoge la opinión del Fiscal de Ciudad Real, postulando, a fin de proteger la propiedad privada urbana, y colmar una laguna legal, que se *“sancionase al que por sí o por medio de otros, sin ejercicio de violencia o intimidación en las personas, y sin título alguno legal, ocupe o utilice alguna cosa inmueble o usurpe un derecho real de ajena pertenencia”*²⁰⁵.

novedad; quien, con más ambición pretende captar su sentido íntimo, asiste a una evolución cuyas sucesivas etapas están marcadas no sólo por lo que se hizo en el curso de cada año judicial, sino también, y es lo que más importa, por lo que quedó en el telar y aun por lo que murió en flor o quedó frustrado. La política legislativa y aun la judicial obligan a veces a moderar el ímpetu de hacer cosas, que es característico de ciertos períodos históricos, arrojando la momentánea impopularidad de no hacer todo aquello que se quiso o se pensó a compás de un apresuramiento que es incompatible con la densidad de los trabajos y con su eficacia, aunque ello parezca a los que viven extramuros del foro gravísimo pecado de omisión; pero lo cierto es, y a esta conclusión queríamos llegar para colocarnos en situación, que cuando se trata de los problemas de la justicia, quien tenga mediano sentido de la responsabilidad, ni puede trabajar ni legislar actuando sobre alegres elucubraciones de gabinete, mucho menos a compás de las soluciones de los arbitristas. Todos han menester, con una considerable dosis de buen sentido, un conocimiento exacto de la vida judicial y de sus realidades. Y la verdad es que para conocerla en sus más íntimos recovecos, las Memorias fiscales ofrecen una inestimable fuente de información, cuyo valor se acrecienta con el transcurso del tiempo. A esa excelencia responde la publicación y difusión de esos trabajos que una vez más he de ofrecer y presentar a la curiosidad de los demás, al tiempo que con ello cumpla un indeclinable deber estatutario. En esta ocasión y por huir del sendero trillado, he preferido cambiar el sistema de exposición que en años anteriores seguí, acomodando el trabajo a tres directrices fundamentales: la primera, dedicada a las reformas legislativas; la segunda, al extracto fiel de las Memorias presentadas, sin indicación alguna sobre las enseñanzas que de ellas se infieren; la tercera parte queda reservada a un comentario, lo más breve pero también lo más preciso posible, sobre la labor ajena que permita calificarla y derivar de esta calificación sus más inmediatas consecuencias”. DE LA PLAZA NAVARRO, M.: *Memoria elevada al Gobierno nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1953 por el Fiscal del Tribunal Supremo*. Ed. Instituto editorial Reus. Centro de enseñanza y publicaciones. Madrid, 1955. Págs. 5-6.

²⁰⁴ DE LA PLAZA NAVARRO, M.: *Memoria elevada al Gobierno nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1947 por el Fiscal del Tribunal Supremo*. Ed. Instituto editorial Reus. Centro de enseñanza y publicaciones. Madrid, 1947. Pág., 164.

²⁰⁵ “II.- Extracto de las Memorias Fiscales. Cuestión quinta: Asuntos de interés. Ciudad Real... Otro caso del que hace mención le permite poner de manifiesto lo que este Fiscal [de Ciudad Real] estima laguna del Código Penal. Se trataba de un individuo que aprovechando la ausencia de la dueña de la casa colindante, derribó la pared medianera, reconstruyéndola apropiándose de unos tres metros cuadrados del inmueble contiguo. Como nuestro Código Penal en su art. 517 tipifica la usurpación, siempre que se realice “con violencia o intimidación de las personas”, la querella se fundamentó en el art. 518; pero el Juzgado la rechazó por entender que dicho art. 518 se refiere exclusivamente a la propiedad rústica, y que, por consiguiente el hecho no era constitutivo de delito. Sometido el hecho a consulta de la Fiscalía provincial, abundó en el criterio del Juzgado, pues que, efectivamente, no aparece protegida la propiedad

B) Texto revisado de 1963 y Texto refundido de 1973

El texto revisado de 1963²⁰⁶ y el texto refundido de 1973²⁰⁷ sólo aumentaron la cuantía de las penas, y las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del

privada urbana como lo está la rústica. Sería de desear, dice, que en la próxima reforma del Código se estableciese, como lo hizo el de 1928, un artículo en el que sancionase al que por sí o por medio de otros, sin ejercicio de violencia o intimidación en las personas, y sin título alguno legal, ocupe o utilice alguna cosa inmueble o usurpe un derecho real de ajena pertenencia". DE LA PLAZA NAVARRO, M.: *Memoria elevada al Gobierno nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1953 por el Fiscal del Tribunal Supremo...* Op. cit., Págs., 76-77. "II.- Extracto de las Memorias Fiscales. Cuestión séptima. Reformas. Ciudad Real... Otra reforma conveniente sería la de tipificar como delito de usurpación "la ocupación o utilización de una cosa inmueble o usurpación de un derecho real de ajena pertenencia, sin ejercer violencia o intimidación en las personas", pues tal como ahora está redactado el artículo quedan sin sanción las usurpaciones en propiedad urbana cuando no ha habido necesidad para ello de emplear violencia o intimidación" DE LA PLAZA NAVARRO, M.: *Memoria elevada al Gobierno nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1953 por el Fiscal del Tribunal Supremo...* Op. cit., Pág., 122. RUIZ VADILLO hace suya esta necesidad de tipificación de la usurpación pacífica propuesta por la Fiscalía, al decir: "se hace necesario un artículo que sancione al "que por sí o por medio de otros sin ejercicio de violencia o intimidación en las personas y sin título legal ocupe o utilice alguna cosa inmueble o usurpe un derecho real de ajena pertenencia"". RUIZ VADILLO, E.: *Contribución al estudio de la reforma del Código Penal. (Tesis dirigida por el Catedrático Dr. D. José M^a Rodríguez Devesa)*. Bilbao. Abril, 1961. Pág., 299.

²⁰⁶ La actividad legislativa, apenas transcurrido un año desde la publicación del texto refundido de 1944, es incesante. Así, Ley de 27 de abril de 1946, que equipara las maquinaciones para alterar el precio de las cosas al percibo de primas para el arriendo de viviendas; Ley de 17 de julio de 1946, iniciando el desarme del estado frente a los clérigos turbulentos; Ley de 27 de diciembre de 1947 que modificó la tenencia de explosivos y la falsificación de moneda; Ley de 4 de mayo de 1948, que asimiló a los desórdenes públicos del artículo 249 determinadas sustracciones; Ley de 9 de mayo de 1950, que modifica la regulación del encubrimiento, y crea la receptación; Ley de 17 de julio de 1951, que añade los delitos de omisión del deber de socorro y el de omisión de impedir determinados delitos; Ley de 20 de diciembre de 1950, que reforma los delitos contra la honestidad; Decreto de 14 de mayo de 1954, en cumplimiento de la ley de 30 de marzo, elevando el límite separador de delitos y faltas; Decreto ley de 13 de marzo de 1956, relativo a la prostitución y con repercusiones penales; Decreto ley de 22 de marzo de 1957, estableciendo presunciones de jefatura y dirección en los delitos del Título II del Libro II; Ley de 24 de abril de 1958 que crea variaciones inspiradas en el vigente Concordato de entonces. Esta intensidad legiferante culmina con la Ley de bases de 23 de diciembre de 1961, desarrollada por Decreto de 28 de marzo de 1963, que aprobó el Código Penal, texto revisado de 1963. El "texto revisado de 1963" mantiene las paredes maestras del código de 1848, pero descansa inmediatamente en el texto refundido de 1944. Su contenido sigue distribuido en 604 artículos. Dos leyes modificaron el texto revisado de 1963: la de 21 de diciembre de 1965, que dio una nueva redacción a las huelgas punibles; y la Ley 3/1967, de 8 de abril, que modificó o introdujo hasta un total de 56 artículos. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 115-122; QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*. Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 4ª edición. Navarra, 2010. Págs., 224-226; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1...* Op. cit., Págs., 865-892; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal...* Op. cit., Pág., 89.

²⁰⁷ La Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal, dio lugar a una nueva edición oficial. Aprobada por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Según la Exposición de Motivos de la referida ley, la reforma se debe a "necesidad, por una parte, de acomodar nuestras Leyes penales a lo establecido en otras Leyes internas de reciente promulgación, a lo convenido en Tratados internacionales suscritos por España y, en general, a la realidad social siempre en evolución, y la conveniencia, por otra, de perfeccionar, en lo posible, el sistema, han determinado una nueva reforma parcial del texto vigente

hecho punible (los límites mínimos de la utilidad reportada por el delito), manteniendo invariable, en lo demás, los artículos 517 y 518 del Código Penal de 1944 (delitos), así como los artículos 588 a 590 y 599 (faltas)²⁰⁸.

del Código Penal que, en esta ocasión, afecta a los extremos siguientes: Protección penal de la persona y derechos del sucesor a la Jefatura del Estado, delito de genocidio, tráfico de estupefacientes, delitos contra la libertad religiosa, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, protección penal del trabajador, delitos de terrorismo, emisión de cheques en descubierto y rehabilitación del penado”. Para RODRÍGUEZ DEVESA, la reforma debe ser alabada en lo que concierne al logrado propósito de reducir el número de disposiciones penales que vagaban fuera del Código perturbando su inteligencia y aplicación. También en el manifiesto deseo de favorecer la rehabilitación del delincuente, cumplir con compromisos internacionales y dar una mayor amplitud a la tutela de las diferentes confesiones religiosas que coexisten en el país. Igualmente elogia RODRÍGUEZ DEVESA, el permitir que el arbitrio judicial atempere algunas sanciones cuya excesiva duración resulta desproporcionada actualmente para la gravedad de los hechos incriminados. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 123-126. LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen I... Op. cit.*, Págs., 898-901; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal... Op. cit.*, Págs., 89-90.

²⁰⁸ Texto revisado de 1963: Artículo 517.- “Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 5.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 5.000 a 10.000 pesetas”. Artículo 518.- “El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajerse el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 500 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 5.000 pesetas”. Artículo 588.- “Serán castigados con la pena de 1 a 15 días de arresto menor: 1º.- Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto. 2º.- Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales, para echarlos en el acto a caballerías o ganados. 3º.- Los que, sin permiso del dueño, entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espiguelo u otros restos de ésta”. Artículo 589.- “Serán castigados: 1º.- El que ejecutare los actos comprendidos en el art. 518, si la utilidad no excediere de 500 pesetas o no fuese estimable, con la multa de 100 a 2.000 pesetas. 2º.- Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares, con la multa de 50 a 500 pesetas. Si en ambos casos hubiere intimidación o violencia leves en las personas o fuerza en las cosas, se entenderá la pena duplicada”. Artículo 590.- “Por el solo hecho de entrar en heredad murada o cercada sin permiso del dueño, se impondrá al culpable la multa de 10 a 100 pesetas”. Artículo 599.- “Los que sustrayendo aguas que pertenezcan a otros, o distrayéndolas de su curso, causaren daño cuyo importe no exceda de 500 pesetas, incurrirán en la multa del duplo al cuádruplo del daño causado”. Texto refundido de 1973: Artículo 517.- “Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 5.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 5.000 a 10.000 pesetas”. Artículo 518.- “El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajerse el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 2.500 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 5.000 pesetas”. Artículo 588.- “Serán castigados con la pena de 1 a 15 días de arresto menor: 1º.- Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto. 2º.- Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales, para echarlos en el acto a caballerías o ganados. 3º.- Los que, sin permiso del dueño, entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espiguelo u otros restos de ésta”. Artículo 589.- “Serán castigados: 1º.- El que ejecutare los actos comprendidos en el art. 518, si la utilidad no excediere de 2.500 pesetas o no fuese estimable, con la multa de 250 a 2.500 pesetas. 2º.- Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares, con la multa de

Afirma SALOM ESCRIVA que “los preceptos contenidos en los artículos 517 y 518 del Código Penal constituyen la muestra más ostensible en el mismo de la protección de los inmuebles y derechos reales en nuestro ordenamiento punitivo”²⁰⁹.

C) Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal

Según se establece en su Exposición de Motivos “la evolución del nivel de vida experimentada con posterioridad a los años mil novecientos sesenta y tres y mil novecientos sesenta y siete, en que se fijó la mayoría de las cuantías de las penas de multa, así como el límite económico para diferenciar los delitos de las faltas en materia de infracciones contra la propiedad, hace necesaria la elevación de aquellas cuantías y

100 a 1.000 pesetas. Si en ambos casos hubiere intimidación o violencia leves en las personas o fuerza en las cosas, se entenderá la pena duplicada”. Artículo 590.- “Por el solo hecho de entrar en heredad murada o cercada sin permiso del dueño, se impondrá al culpable la multa de 10 a 100 pesetas”. Artículo 599.- “Los que sustrayendo aguas que pertenezcan a otros, o distrayéndolas de su curso, causaren daño cuyo importe no exceda de 2.500 pesetas, incurrirán en la multa del tanto al duplo del daño causado, sin que en ningún caso pueda llegar a 5.000 pesetas”.

²⁰⁹ SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >> en *Revista General de Derecho*. Año XLII. Nº 496-497. Enero-Febrero 1986. Valencia. Pág., 43. “Sorprendente resulta, en cambio, la escasa penalidad que tienen asignada las conductas usurpatorias descritas en los artículos 517 y 518 del Código Penal, reducida fundamentalmente a penas de contenido pecuniario; penalidad escasa si se piensa en la gravedad de los perjuicios que de las mismas se pueden derivar, tales como (por ejemplo) los que llevan consigo una distracción de aguas respecto de las fincas a las que estaba asignado el caudal distraído. Por otra parte, si lo que se pretende en ciertas conductas de dichos artículos 517 y 518 es evitar ilícitas apropiaciones de terrenos ajenos resulta difícil comprender cómo otras conductas similares de apoderamiento referidas a bienes muebles y de una entidad penal no más grave que las de usurpación estén castigadas con penas superiores; basta citar que todos los hurtos, incluso los constitutivos de falta, están castigados con penas privativas de libertad. No obsta a lo que se dice el que el artículo 517 establezca que además de la multa prevista en él se impondrá a los autores las penas en que incurriesen por las violencias que causaren, pues siempre resulta favorecida esta conducta, ya que, por un lado, no se establece complejidad delictiva (que lleva mayor pena, como puede verse en las figuras complejas del artículo 501 del Código Penal), y, por otro, la mayor pena que se impone en el artículo 517 estriba precisamente en la concurrencia de la violencia o intimidación en las personas y no en la gravedad del ataque a la propiedad inmobiliaria, y por eso se castigan separadamente. Explicación para esta menor gravedad que para el legislador merecen las conductas usurpatorias de inmuebles puede serlo el que, como señala Rodríguez Devesa, el riesgo de que el propietario pierda el bien o derecho real usurpado es menor que en los delitos de robo o hurto, cosa cierta en buena parte de los casos, pero no en todos, pues en ciertas formas de usurpación, en particular las de alteración de lindes o distracción de aguas del artículo 518, dichas conductas pueden permanecer largo tiempo prácticamente desconocidas por el propietario afectado cuando la alteración o distracción se realizan paulatinamente y en distintos intervalos de tiempo lo que, en definitiva, se trasluce en mayores posibilidades de impunidad para el autor de estas conductas”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Págs., 44-45.

límites, a fin de ponerlas más de acuerdo con la realidad actual, con lo que, al propio tiempo, se dota también a dichas penas de mayor ejemplaridad”²¹⁰.

D) Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal

El fracasado Proyecto de Código Penal de 1980 y la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y, por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción al hecho, unido al preceptivo desarrollo de la Constitución de 1978 motivó la urgente reforma del Código Penal. En lo relativo a la usurpación, la reforma se limitó a las actualizaciones de las cuantías objeto del hecho punible y a la elevación de las penas de multa, estableciéndose la divisoria entre delitos y faltas en 30.000 pesetas²¹¹.

²¹⁰ Artículo primero.- “En el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, se introducen las siguientes modificaciones: a) El límite económico de 5.000 pesetas, señalado en el artículo 28, párrafo primero, se entenderá de 10.000 pesetas. b) La cuantía de las multas establecidas en los artículos que se citan en los números siguientes, se entenderán modificadas por las que se expresan: 2º.- La pena de multa de 5.000 a 10.000 pesetas, establecida en los artículos 164 bis b, 167 (segundo párrafo), 174 (número 1º), 184, 191, 240 (segundo párrafo), 309, 311, 322 (primer párrafo), 326 (segundo párrafo), 338 bis, 349 (segundo párrafo), 364 (número 2º), 367 (primer párrafo), 478 (segundo párrafo), 480 (tercer párrafo), 482, 489 bis (primer párrafo) y 517 (segundo párrafo), por la de 10.000 a 20.000 pesetas. 15º.- La pena de multa, establecida en los artículos 570, 571, 577, 580, 585, 589 (número 2º), 590, 594 y 596, se entenderán en lo sucesivo de 250 a 2.500 pesetas. 17º.- La pena de multa, establecida en los artículos 572, 573, 579, 584 y 589 (número 1º), se entenderá en lo sucesivo de 500 a 5.000 pesetas. 20º.- La pena de multa, establecida en los artículos 598 y 599 tendrá como límite máximo el de 10.000 pesetas. Las cifras consignadas como valor cuantía o cantidad objeto del hecho punible en los artículos que se citan en los números siguientes, se sustituirán por las que se expresan: 1º.- La cifra de 2.500 pesetas, de los artículos 286, 294, 301, 394 (números 1º y 2º), 505 (números 1º y 2º), 515 (números 3º y 4º), 518, 528 (números 3º y 4º), 552, 559, 563, 573 (número 2º), 587 (números 1º y 3º), 589 (número 1º), 591 (número 1º), 593, 595, 597, 598 y 599, por la de 5.000 pesetas”. Boletín Oficial del Estado núm. 287, de 30/11/1974. Sección: I.- Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Págs., 24353-24354. Vid., ALONSO PRIETO, L.: << Acotaciones a la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre modificaciones del Código penal >> en *Revista de Derecho de la Circulación*, enero-febrero, 1975; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., 126-127.

²¹¹ SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 2003. Pág., 48. Según establece el artículo 5 de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal: Artículo quinto.- “Los límites económicos, cuantías de multas y cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible, consignadas en los siguientes artículos, quedan así modificados: a) El límite económico de 20.000 pesetas señalado en el artículo 28, se entenderá de 30.000 pesetas. b) La cuantía de las multas establecidas en los artículos que se citan en los números siguientes, se entenderán modificadas por las que se expresan: 2. La pena de multa de 20.000 a 40.000 pesetas establecida en los artículos 84, 191, 240, 309, 311, 322, primer párrafo; 326, segundo párrafo; 364, número segundo; 367, 478, segundo párrafo; 480, 482, 489 bis y 517, segundo párrafo, por la de 30.000 a 60.000 pesetas. 17. Las penas de multas establecidas en los artículos 180 297 319, 331 337, 375, 385, 386, 387, 392 395, primer párrafo 379; 398, último párrafo, 401, 402, 517, primer párrafo, 518, 536, 539, 546, 562 y 563 tendrán como límite mínimo el de 30.000 pesetas. 18. La

E) Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal

Tuvo por finalidad proceder a una revisión general de las cuantías de las multas, y sobre todo, a adecuar el Código Penal al principio de intervención mínima²¹².

*pena de multa establecida en los artículos 570, 571, 580, 585, 589, número segundo, 590, 594 y 596, se entenderá en lo sucesivo de 750 a 7.500 pesetas. 20. La pena de multa establecida en los artículos 572, 573, 579, 584 y 589, número primero, se entenderá en lo sucesivo de 1.500 a 15.000 pesetas. 23. La pena de multa establecida en los artículos 598 y 599 tendrá como límite máximo el de 30.000 pesetas. c) Las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible en los artículos que se citan en los números siguientes se sustituirán por las que se expresan: 1. La cifra de 15.000 pesetas en los artículos 236, 294, 301; 394, números primero y segundo; 518, 552, 559, 573, número segundo; 589, número primero; 591, número primero; 593, 595, 597, 598 y 599, por la de 30.000 pesetas". Boletín Oficial del Estado núm. 152, de 27/06/1983. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Pág. 17918. Así la redacción de los artículos conforme a la LO 8/1983, de 25 de junio, era la siguiente: Artículo 517.- "Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 30.000 a 60.000 pesetas". Artículo 518.- "El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajerse el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 30.000 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 30.000 pesetas". Artículo 588.- "Serán castigados con la pena de 1 a 15 días de arresto menor: 1º.- Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto. 2º.- Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales, para echarlos en el acto a caballerías o ganados. 3º.- Los que, sin permiso del dueño, entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espiguelo u otros restos de ésta". Artículo 589.- "Serán castigados: 1º.- El que ejecutare los actos comprendidos en el art. 518, si la utilidad no excediere de 30.000 pesetas o no fuese estimable, con la multa de 1.500 a 15.000 pesetas. 2º.- Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares, con la multa de 750 a 7.500 pesetas. Si en ambos casos hubiere intimidación o violencia leves en las personas o fuerza en las cosas, se entenderá la pena duplicada". Artículo 590.- "Por el solo hecho de entrar en heredad murada o cercada sin permiso del dueño, se impondrá al culpable la multa de 750 a 7.500 pesetas". Artículo 599.- "Los que sustrayendo aguas que pertenezcan a otros, o distrayéndolas de su curso, causaren daño cuyo importe no exceda de 30.000 pesetas, incurrirán en la multa del tanto al duplo del daño causado, sin que en ningún caso pueda llegar a 30.000 pesetas". Vid., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 138-141; LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1...* Op. cit., Págs., 914-916; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 90-91.*

²¹² Así dispone su Preámbulo: "Entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden. Hace ya tiempo que existe unanimidad en la jurisprudencia y doctrina españolas en cuanto a que nuestro sistema penal tiene una amplitud excesiva, siendo grande el número de las infracciones penales carentes de sentido en la actualidad, sea porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de preservar el orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúspide de los comportamientos ilícitos. En el mismo tipo de consideraciones debe inscribirse el hecho demostrable de que fuera de lo punible se describen y sancionan conductas de entidad notoriamente superior a las que son objeto de las descripciones penales. Resulta así que, de un lado, se ha llegado a un exceso de presencia de lo punitivo,

Tras la reforma de la LO 3/1989, la cuantía de las penas de multa en los delitos de usurpación se elevó²¹³.

y, de otro, se ha producido cierto desequilibrio entre las penas y el sistema de reacciones jurídicas no penales. La situación expuesta es particularmente visible en el ámbito de las faltas. Las que en su día fueron llamadas «delitos veniales» integran un cuerpo de infracciones penales de excesiva amplitud. A ello se añaden las imaginables consecuencias de agolpamiento ante los Tribunales de Justicia de muchos pequeños problemas que no merecen ciertamente el dispendio de tantos esfuerzos de los poderes públicos. Estas consideraciones han llevado al Gobierno a afrontar la tarea de ajustar el sistema penal positivo al mencionado principio de mínima intervención. Este objetivo pasa evidentemente, y ante todo, por la reducción del Libro III del Código Penal, parte del sistema legal que más claramente infringe el antedicho principio. La solución más simple y tajante hubiera sido la total supresión de dicho Libro, más una lectura detenida del mismo pone de manifiesto que alguno de los comportamientos que sanciona debe proseguir en la esfera penal, y que incluso merece ser elevado a la condición de delito, por lo que el recurso a la derogación debe ser también usado cuidadosamente. Esa cautela viene además impuesta por la necesidad de comprobar en cada caso si se trata de conductas que han perdido todo sentido antijurídico o, en las que, en alguna medida, lo conserven, si existe una solución alternativa adecuada, a través de la capacidad sancionadora de autoridades administrativas. En referencia a las concretas modificaciones que se introducen es, pues, comprensible que en su mayor parte afecten al Libro III ... Grande es también la reducción que se produce en el Título IV, dedicado a las faltas contra la propiedad, que pasan a ser nueve en lugar de las veinticuatro hasta ahora existentes. Muchas de las que desaparecen solamente tuvieron sentido en una sociedad eminentemente agrícola y económicamente atrasada, pues sólo así se explica, por ejemplo, el carácter penal del hurto de brozas y ramajes o el paso por viñedos, o la medición de la multa de acuerdo con la especie del ganado, tal como dispone el hasta ahora vigente artículo 592. Todo ello desaparece. De lo que subsiste destaca la nueva falta de hurto de uso, cuya ausencia obligada a remitir a la esfera del delito todas las modalidades de utilización temporal, así como la incorporación de la falta de defraudación de fluido eléctrico. Manteniéndose la falta de entrada en heredad ajena, se condiciona a la persecución privada... Por todo ello no resulta extraño que tanto la doctrina como el criterio de los colectivos profesionales de Jueces y Magistrados, como la misma propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, se hayan mostrado partidarios de reducir la intervención penal o, lo que es lo mismo, despenalizar algunas conductas. Los criterios seguidos para cumplir ese propósito se contraen a excluir las formas más leves de ataques culposos contra la propiedad calificables como daños, preservando, por supuesto, la intervención penal para cuando se produzcan lesiones personales, y exigir el impulso particular para la persecución de estos hechos, pues la persecución de oficio que hasta ahora los dominaba en lo procesal contribuía a una innecesaria acumulación de causas penales. Claro está que el sistema punitivo debe conservar una cierta parcela de hecho bajo conminación penal: Esos hechos, naturalmente, son los que aparecen, por razones objetivas y subjetivas, como los más graves ataques destructivos de la propiedad, reputándose como tales los daños dolosos, remitidos a la condición de delito o falta según la cuantía de los mismos, y los daños culposos fruto de imprudencia temeraria o simple por importe superior a la cuantía del Seguro Obligatorio, condicionándose estas últimas modalidades a la persecución privada... Este conjunto de modificaciones del Libro II del Código acredita con nitidez que el alcance de la reforma no se circunscribe a la descriminalización de comportamientos, sino que la misma supone también una nueva formulación de intereses dignos de tutela y un reforzamiento de la protección de otros ya existentes. Alteraciones en el número de las disposiciones obligan a pequeñas modificaciones en determinados artículos. Por último, se procede a una revisión general de las cuantías de las multas". *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 148, de 22/06/1989. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Págs., 19351-19352.

²¹³ Artículo 517.- "Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 100.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 100.000 a 200.000 pesetas". Artículo 518.- "El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajerse el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 30.0000 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 100.000 pesetas".

En materia de faltas, los artículos 588 y 599 fueron dejados sin contenido por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal²¹⁴. El artículo 589 sufrió una nueva redacción al exigirse la denuncia del perjudicado para su persecución, y al suprimirse la conducta de atravesar plantíos, sembrados, viñedos u olivares, por cualquier motivo o pretexto²¹⁵.

La ocupación pacífica de bienes inmuebles continuó siendo falta, si bien perseguible únicamente a instancia de parte, pues, como novedad, se condiciona a la persecución privada²¹⁶.

2.2.9.- PROYECTOS DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL

A) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980

Una vez aprobado el Proyecto de nuevo Código Penal por el Consejo de Ministros, pasó a las Cortes y fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes

²¹⁴ Si se lee con detenimiento el Libro III, vuelve a tenerse la impresión de haber sido escrito en épocas muy remotas, porque en él sólo están presentes comportamientos relacionados con la vida rural, agrícola y ganadera. Si bien, la despenalización ha sido improcedente en algunos casos como la eliminación de los artículos 588, 591, 592 y 593 que están protegiendo la propiedad contra incursiones ajenas y no consentidas por el dueño. No se sabe si para el legislador en la Reforma de 1989 el derecho de propiedad y la posesión se ha socializado hasta el extremo de tener que consentir intromisiones de carruajes, ganado y personas para comer los frutos de los árboles o, por el contrario, considera que existen disposiciones administrativas que pueden sancionar estos hechos convenientemente. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *La actualización del Código Penal de 1989*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989. Págs., 19-20.

²¹⁵ Artículo 589.-“*El que ejecutare los actos comprendidos en el art. 518, será castigado con multa de 5.000 a 50.000 pesetas, si la utilidad no excediere de 30.000 pesetas o no fuese estimable, siempre que mediare denuncia del perjudicado*”.

²¹⁶ Artículo 590.- “*El que entrare en heredad murada o cercada sin permiso del dueño, será castigado con multa de 5.000 a 25.000 pesetas, siempre que mediare denuncia del perjudicado*”. Se ha mantenido (configurada como infracción semipública, perseguible sólo mediante denuncia) las de entrada en heredad murada sin permiso sin permiso del dueño. Aquí el interés privado, que es objeto de tutela, no aconseja remitir la sanción al poder gubernativo. BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *La reforma penal de 1989*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989. Pág. 208. Muchas de las faltas que desaparecen solamente tuvieron sentido en una sociedad eminentemente agrícola y económicamente atrasada. Se mantiene la falta de entrada en heredad ajena (pese a la reducción de las faltas contra la propiedad, que de veinticuatro quedaron en nueve tras la reforma); si bien condicionada a la persecución privada. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: << Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, sobre actualización del Código español >> en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Año 15, Núm. 57/58, Enero-junio 1992. Ediciones Depalma, Buenos Aires. Págs., 195-197.

Generales de 17 de enero de 1980 (nº 108-I)²¹⁷. Se presentaron 1801 enmiendas, ninguna a la totalidad. Falto de impulso gubernamental, dio fin la legislatura sin haberse discutido siquiera en la Comisión de Justicia las enmiendas presentadas. Consta de Título Preliminar, “*De las garantías penales y de la norma penal*”, artículos 1 a 16; y tres Libros. El primero, “*Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal*”, artículos 17 a 154; Libro segundo, “*Delitos y sus penas*”, artículos 155 a 655; Libro tercero “*Faltas y sus penas*”, artículos 656 a 688. Termina con una disposición derogatoria, siete Disposiciones transitorias y una Disposición final²¹⁸.

²¹⁷ “A raíz de la instauración de la Monarquía se reorganiza la Comisión General de Codificación mediante un Decreto orgánico de 26 de febrero de 1976, parcialmente modificado por el Real Decreto 225/1978, de 17 de febrero, en el que está prevista la facultad de Ministro de Justicia, "o a propuesta suya por el Gobierno, en ejecución de su política legislativa", de designar ponencias especiales "señalando un plazo para su elaboración, a cuyo término, o el de la prórroga, en su caso, quedarán automáticamente disueltas"... Los Anteproyectos elaborados por Ponencias especiales "se someterán a informe de la sección o Secciones correspondientes a las que asistirán los Ponentes" con consideración de vocales, si ya no lo fueran... "emitido el informe, se elevará directamente al Ministro de Justicia con el Anteproyecto redactado por la Ponencia especial". En uso de sus facultades, el Ministro de Justicia... nombró con fecha 25 de abril de 1978, una ponencia especial encargada de preparar un Anteproyecto de C.P., dándole como plazo hasta el 30 de noviembre del mismo año. La Ponencia estaba constituida por Conde Pumpido..., Díaz Palos..., Gimbernat Ordeig y Rodríguez Mourullo... Anteproyecto [que fue] firmado y entregado por los ponentes al Ministro el 28 de marzo de 1979... [y aprobado] por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 1979”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 145-147. Calificado por RODRÍGUEZ DEVESA, y SERRANO GÓMEZ, como “la pieza más vergonzosa de nuestra no muy brillante trayectoria jurídico-penal desde 1848” en *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 149. “El Proyecto de Ley Orgánica del Código penal remitido a la Comisión de Justicia y publicado en el “Boletín Oficial” de las Cortes Generales, de 17 de enero de 1980, merece una respuesta bien pensada por la suma importancia de lo que dice, lo que omite, lo que significa y lo que sugiere. Pero, al lector inteligente le bastara una respuesta breve que se puede resumir en las palabras del título [2.- Sin culpa de nadie, el proyecto no alcanza la línea de flotación]. De ahí se deduce la necesidad de considerarlo inviable, de pedir su devolución al gobierno... Con otras palabras, es necesaria la enmienda a la totalidad”. BERISTAIN, A.: << El Proyecto de Código Penal de 1980, víctima de las estructuras >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXIII, fascículo III, septiembre-diciembre 1980. Pág., 586.

²¹⁸ LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1...* Op. cit., Págs., 910-914. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 145-151. Según su Exposición de Motivos, “La redacción de un nuevo Código penal resultaba inaplazable. El Código penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, publicado por el Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, es una versión parcialmente modificada del Código de 1944, y este, a su vez, como advirtió el propio legislador en el preámbulo del decreto que lo promulgó, no era una obra nueva, "sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado el 19 de marzo de 1848". Y otro tanto cabe decir de los Códigos reformados de 1870 y 1932. Sería una injusticia histórica restar méritos a aquel viejo cuerpo de leyes penales, pero es preciso reconocer que su sistema fundamental no responde a las exigencias sociales, políticas y técnico-jurídicas de hoy. Desde 1848 se han producido en España profundas transformaciones sociales. *Nuestro país ha dejado de ser una sociedad agraria y rural y se ha convertido en una sociedad industrial avanzada*. No menos importantes han sido los avances experimentados a partir de entonces por las Ciencias de los delitos y de las penas... La necesidad de una renovación completa de nuestro ordenamiento punitivo se viene arrastrando desde hace largo tiempo... *El proceso democrático que culminó con la aprobación de la Constitución de 1978 produjo la necesidad de modificar el Código penal*

para acomodarlo al nuevo orden político. La experiencia de lo acontecido en ocasiones anteriores hizo que el Gobierno plantease desde el principio la modificación del ordenamiento punitivo simultáneamente a dos niveles: una reforma parcial de carácter urgente y una reforma en profundidad de todo el sistema. Así, mientras la primera se llevaba a cabo a través de una serie de leyes que fueron modificando el Código penal al compás de los cambios políticos que se iban produciendo durante la transición, una Ponencia especial constituida en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación, nombrada por Orden Ministerial de 15 de abril de 1978 e integrada por cuatro miembros pertenecientes a la Magistratura, a la Carrera Fiscal, al Cuerpo de Catedráticos de Universidad y a la Abogacía, procedía a redactar, en régimen de trabajo intensivo, un Anteproyecto de Código penal que fue sometido luego al pleno de dicha Sección. Limitarse, una vez más, a una modificación parcial de urgencia, remitiendo a un momento posterior la elaboración de un nuevo Código, no era aconsejable... *El Código se inspira en los postulados de la moderna Política criminal.* Acepta en primer término la premisa de que el Derecho penal no debe ser instrumento de opresión en manos del grupo político dominante, que sirva para imponer coactivamente determinadas ideas políticas o morales, sino, por el contrario, garantía que haga posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas en las restantes ramas jurídicas. El sistema penal aspira a conseguir un marco mínimo de convivencia. Por eso, el nuevo Código ha eliminado del ámbito penal todo lo que representa pura discrepancia ideológica y se muestra tolerante con el comportamiento desviado hasta donde las exigencias mínimas impuestas por la convivencia lo han permitido. *En un Estado social y democrático de Derecho como es hoy el español, el Derecho penal debe aparecer como la última ratio, debe encontrarse siempre en último lugar y entrar en juego tan sólo cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico y de la paz ciudadana.* Por la dureza de sus sanciones, que afectan a los bienes más preciados de la persona y son las más drásticas con que cuenta el ordenamiento jurídico, el Derecho penal debe intervenir únicamente cuando resulten insuficientes otros remedios menos gravosos. Se habla así del principio de intervención mínima, que debe en tenderse en un doble sentido: se han de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir las penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas. El principio de intervención mínima constituye para el legislador una verdadera exigencia ética que los regímenes políticos dictatoriales acaban siempre quebrantando. Por un lado, porque suelen utilizar el sistema penal como instrumento para eliminar o reducir al silencio al disidente político, criminalizando indebidamente la opinión discrepante. Por otro, porque las dictaduras profesan una concepción autoritaria del Derecho penal que les lleva a exasperar la gravedad de la amenaza penal, en la que ven un remedio para reprimir todo aquello que no son capaces de resolver. El presente Código ha corregido la hipertrofia tanto cuantitativa como cualitativa del sistema penal que había provocado el régimen anterior, despenalizando todos los hechos que no son dignos de sanción penal y reduciendo a sus justos términos la gravedad de las penas... *La intervención mínima de los recursos penales, entendida en el sentido antes expuesto, la desarrolla el nuevo Código bajo un escrupuloso respeto al principio de legalidad.* La vigencia de este principio estaba formalmente reconocida en el Código hasta ahora vigente, pero no resultaba siempre respetada a la hora de definir los delitos en particular y establecer las correspondientes sanciones, de tal modo que, por un lado, se proclamaba solemnemente con carácter general y, por otro, se conculcaba mediante la introducción de cláusulas vagas o indeterminadas en la regulación de concretas infracciones punibles. Este Código ha querido acabar con esta discordancia entre la declaración programática del principio de legalidad y su real vigencia. Por eso no se ha limitado sólo a proclamar de modo formal que tanto los hechos constitutivos de delito como las penas o medidas de seguridad que se señalan para los mismos quedan sometidos al principio de legalidad, sino que ha procurado conseguir la auténtica vigencia material de este principio, suprimiendo o revisando todos aquellos preceptos del derogado texto legal que quebrantaban las exigencias de certeza y seguridad jurídicas propias de un Estado de Derecho. En aras de estas mismas exigencias, el Código ofrece un catálogo cerrado de "crimina culposa" y prescinde de la regulación genérica de la imprudencia punible hasta ahora en vigor. III.- *El nuevo Código concibe al delito, desde el punto de vista sustancial, como lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos,* lo que lleva consigo la eliminación de ciertos delitos formales y de mera desobediencia que se habían infiltrado en el ordenamiento penal que se deroga. Tales comportamientos se relegan al ámbito de las infracciones administrativas. De acuerdo con el mencionado criterio, *el Código toma el bien jurídico como pauta clasificadora.* Los delitos en particular se sistematizan en atención a la jerarquía y complejidad del bien que lesionan: bienes individuales, colectivos, estatales y pertenecientes a la comunidad internacional. Se altera así la estructura formal del Código derogado. Se parte, pues, de la idea de que toda norma creadora de delitos sirve a la protección de bienes jurídicos. Pero, en virtud del principio de intervención mínima, esa función protectora se cumple de un modo fragmentario. Doblemente fragmentario, porque, de un lado, no aspira la ley a proteger penalmente todos los bienes jurídicos, sino tan sólo aquéllos que representan los valores más

El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, ante el dilema que ofrecen las tres posturas existentes y encontradas, adopta una posición intermedia y nada comprometida, mantener las cosas como están²¹⁹.

El Capítulo V “*De la usurpación*”, del Título V “*Delitos contra el patrimonio*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”, dedica el artículo 252 a la usurpación violenta (con igual redacción que el art. 517 CP 1973), y divide el artículo 518 en dos, el 253 y 254, que regulan, respectivamente, la alteración de términos o lindes y la distracción del curso de las aguas. El primero de éstos, el artículo 253, mantiene igual redacción que el art. 518 en lo referente a la alteración de términos o lindes; el segundo, el 254, incorpora algunas variantes como represar las aguas, y la expresa referencia al provecho propio o

fundamentales del orden social y, por otra parte, ni siquiera pretende protegerlos siempre, sino tan sólo frente a los ataques que por su modalidad ofensiva aparecen como más intolerables desde el punto de vista de la convivencia social... El nuevo Código concibe la pena como un castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido, y que deberá orientarse siempre que sea posible a finalidades preventivas. Presupuesto de la pena, así entendida, es la culpabilidad. El Código consagra la rotunda declaración de que “no hay pena sin culpabilidad”. Para dar efectividad a la misma se han excluido todos los supuestos de responsabilidad objetiva, suprimiendo los preceptos de carácter general en los que anidaba el principio de “*versari in re illicita*”... V. Desde los postulados político criminales que quedan enunciados se emprendió la regulación de los delitos y de las faltas en particular... Al tratarse de una reforma en profundidad resulta imposible dar cuenta en este preámbulo de todas las modificaciones introducidas en los Libros II y III. Cabe señalar, no obstante, por vía enunciativa, el distinto origen de las mismas: a) Hay reformas que obedecen a necesidades técnicas sentidas desde hace tiempo. Así la disciplina de los delitos de lesiones y de los delitos contra la propiedad había suscitado fundadas críticas. La de los primeros, por la prolijidad de resultados que el texto legal derogado tomaba en cuenta con criterios que recordaban demasiado las “tarifas de sangre” germánicas de épocas ya ancestrales, y la de los segundos, por el valor atribuido a las cuantías. Estos defectos se corrigen dotando a los delitos de lesiones de nueva configuración técnica en la que el resultado no juega ya el papel que hasta ahora desempeñó, y reduciendo en las infracciones contra el patrimonio el criterio de la cuantía a la función de servir de límite divisorio entre el delito y la falta o de base a modalidades calificadas cuando alcanza proporciones extraordinarias”. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 17 de enero de 1980. Núm., 108-I. Págs., 657-664.

²¹⁹ La sistematización de las tres posturas sería, considerar que la mayor parte de los agravios que las personas pueden sufrir en sus cosas inmuebles son reparables por los medios que las leyes civiles ponen en sus manos, y que no necesitan la excepcional protección de las leyes penales, ya que los bienes inmuebles no pueden ocultarse ni de ellos pueden ser privados sus dueños de una manera tal que, acudiendo a la Autoridad, no puedan en ellos ser reintegrados; sancionar penalmente sólo aquellas conductas más graves, y que son las que se realizan con violencia o intimidación; y por último, la de extender la protección penal de los inmuebles a aquellos casos en que el despojo se realiza pacíficamente, sin violencia o intimidación en las personas. “Si nuestro país “ha dejado de ser una sociedad agraria y rural y se ha convertido en una sociedad industrial avanzada” –como afirma la exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980- no parece acertado mantener con anticuado tratamiento preceptos que fueron pensados para una sociedad agraria... El Proyecto de Código Penal de 1980 no sólo mantiene los diversos supuestos tipificados por los Códigos Penales anteriores, pensados para una sociedad con estructura socioeconómica muy distinta, sino que aumenta el articulado”. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... *Op. cit.*, Pág., 409.

de un tercero. La mayor novedad radica en la pena a imponer; en los tres artículos se sustituye la multa proporcional (del 50 al 100 por 100 de la utilidad reportada) por el sistema de días multa²²⁰.

En el ámbito de las faltas; el Título II “*Faltas contra el patrimonio*”, del Libro III “*Faltas y sus penas*”, tipifica en los artículos 663 y ss., diversas modalidades usurpatorias pacíficas, o realizadas con intimidación o violencia leves²²¹.

B) *Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983*

En enero de 1983, nombró el Ministro de Justicia LEDESMA BARTET una ponencia para que, sobre la base del proyecto de Código penal de 1980, de las enmiendas presentadas en su día por el grupo parlamentario socialista y las líneas directrices del programa electoral de la mayoría parlamentaria que sostiene al Gobierno, procediera a la elaboración de un texto articulado que tuviese en cuenta también las

²²⁰ Artículo 252.- “*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de seis a veinticuatro meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado*”. Artículo 253.- “*El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio privado como de dominio público, será castigado con multa de tres a veinticuatro meses, teniendo en cuenta el lucro propuesto o el perjuicio causado*”. Artículo 254.- “*El que represare o distrajere el curso de las aguas públicas o privadas en provecho propio o de un tercero, será castigado con multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediera de 15.000 pesetas. En caso de que ésta sea considerablemente superior, se castigará el hecho con las penas señaladas al delito de hurto*”.

²²¹ Artículo 663.- “*Serán castigados con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de uno a siete días: 1º Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto. 2º Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales para echarlos en el acto a caballerías o ganados. 3º Los que, sin permiso de dueño, entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espiguelo u otros restos de ésta*”. Artículo 664.- “*Serán castigados con la pena de multa de diez a treinta días: 1º Los que ejecutaren actos comprendidos en el artículo 254, cuando la utilidad no excediere de 15.000 pesetas o no fuere estimable. 2º Los que con cualquier motivo o pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos u olivares. Si en ambos casos hubiere intimidación o violencia leves en las personas o fuerza en las cosas, se entenderá la pena duplicada*”. Artículo 665.- “*Por el solo hecho de entrar en heredad murada o cercada sin permiso del dueño, se impondrá al culpable la multa de uno a diez días*”. Artículo 666.- “*El encargado de la custodia de ganados que los introdujere o dejare entrar en heredad ajena sin causar daño, no teniendo derecho o permiso para ello, será castigado con la multa de uno a diez días*”. Vid., FERNÁNDEZ ALBOR, A.: << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >>... *Op. cit.*, Págs., 407-409.

enmiendas de los restantes grupos parlamentarios a aquel proyecto y las distintas aportaciones científicas sobre la reforma penal²²².

Esta Propuesta se publicó por el Ministerio de Justicia en octubre de 1983²²³. Se mantienen los tres libros tradicionales de nuestros Códigos (al que se añade un Título Preliminar), así como su excesivo articulado; 610 artículos, frente a los 688 del Proyecto de 1980²²⁴.

El Anteproyecto de Código Penal de 1983 dedica a esta materia los artículos 238 a 241, comprendiendo éstos el Capítulo V “*De la usurpación*”, del Título XI “*Delitos*”

²²² La ponencia se hallaba formada por los profesores COBO DEL ROSAL, GIMBERNAT ORDEIG, LUZÓN PEÑA, MUÑOZ CONDE, QUINTERO OLIVARES, y el Magistrado del Tribunal Supremo GARCÍA MIGUEL.

²²³ *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal (Introducción de Fernando Ledesma Bartret, Ministro de Justicia)*. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 2ª edición. Madrid, 1984. “La publicación del texto en forma de *Propuesta* brinda además la posibilidad de sugerir cuantos perfeccionamientos técnicos sean precisos para que este país pueda dotarse finalmente de un *nuevo Código penal*”. VILADÁS GENÉ, C.: << Propuesta de Anteproyecto de Código penal y delincuencia económica >> en *Documentación Jurídica*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Gabinete de Documentación y Publicaciones. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal. Volumen 2. Enero/Diciembre, 1983. 37/40. Pág., 732; y en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983. Pág., 653.

²²⁴ Consta de un Título Preliminar “De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal”, artículos 1 a 13; y de los tres tradicionales Libros. El primero, “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal”, artículos 14 a 138; Libro segundo, “Delitos y sus penas”, artículos 139 a 587; Libro tercero “Faltas y sus penas”, artículos 588 a 610. Termina con una disposición derogatoria, siete Disposiciones transitorias y tres Disposiciones finales. *Vid.*, LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1...* *Op. cit.*, Págs., 918-920; RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 152-153. *Vid.*, BACIGALUPO, E.: << Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983. Págs., 49-74; BUENO ARÚS, F.: << La despenalización en la PANCP >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983. Págs., 149-157; CEREZO MIR, J.: << Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983. Págs., 243-250; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: << Delitos contra el patrimonio en el Anteproyecto de Código penal de 1983 >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983. Págs., 331-349; MUÑOZ CONDE, F.: << La reforma de los delitos contra el patrimonio >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983. Págs., 513-534; VILADÁS GENÉ, C.: << Propuesta de Anteproyecto de Código penal y delincuencia económica >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983. Págs., 643-653.

contra el patrimonio”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”²²⁵. Entre las faltas del Libro III “*Faltas y sus penas*”, encontramos en el Título II “*Faltas contra el patrimonio*”, una modalidad usurpatoria en el artículo 595 de dicho Anteproyecto²²⁶.

Aparte de los antecedentes del Código Penal de 1848, reforma de 1850²²⁷, y Código de la Dictadura de Primo de Rivera, es en el artículo 241 de la Propuesta de 1983 donde se encuentra el origen del artículo 245.2 del vigente Código Penal²²⁸.

²²⁵ Artículo 238.- “*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de seis a veinticuatro meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado*”. “Su redacción coincide fundamentalmente con la del actual [CP 1973] artículo 517... Novedad a destacar... es el que la pena se determinará atendiendo no sólo a la utilidad obtenida por el agente (criterio del texto vigente [CP 1973]), sino también, y conjuntamente, al daño causado, concepto ambos que no tienen necesariamente que coincidir”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 78. Artículo 239.- “*El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio privado como de dominio público, será castigado con multa de tres a veinticuatro meses, teniendo en cuenta el lucro perseguido o el perjuicio causado*”. “La redacción del precepto transcrito coincide básicamente con la del actual [CP 1973] artículo 518... para determinar la pena a imponer por esta conducta habrá que atender, alternativamente, a criterio del Tribunal al lucro perseguido o al perjuicio causado por el agente. Estas conductas serán siempre delictivas... con independencia del valor del lucro obtenido o podido obtener, o del perjuicio causado, habiendo desaparecido del texto del Anteproyecto la vigente [CP 1973] falta de usurpación del artículo 589.1 del Código Penal”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 78. Artículo 240.- “*1.- El que represare o distrajere el curso de las aguas públicas o privadas en provecho propio o de un tercero será castigado con multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediere de 30.000 pesetas. 2.- Si el hecho causare grave perjuicio a terceros, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año*”. “Novedad interesante es la creación de un tipo específico para la distracción de aguas, lo que unido al agravamiento que se observa cuando tales conductas causen graves perjuicios a terceros, evidencia un mayor reconocimiento legislativo de la mayor trascendencia de estas conductas sobre las demás modalidades usurpatorias”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 78.

²²⁶ Artículo 595.- “*Serán castigados con la pena de multa de diez a treinta días los que represaren o distrajeren el curso de las aguas públicas o privadas en provecho propio o de un tercero si la utilidad reportada no excediere de treinta mil pesetas*”. “Regula la misma conducta tipificada en el artículo 240 cuando la utilización obtenida por el agente es inferior a 30.000 pesetas”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 80.

²²⁷ También, pese a que no tuvo una vigencia territorial en toda España, el *Código Penal de Carlos VII*.

²²⁸ Artículo 241.- “*El que penetrare u ocupare, sin la autorización debida, vivienda, habitáculo, o edificio ajenos, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de arresto de seis a doce fines de semana y multa de tres a seis meses*”. “Es en el artículo 241 de la Propuesta de 1983 donde, aparte el antecedente del Código penal de 1928, se encuentra el origen del artículo 245.2 del nuevo código español”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa, 1ª edición. Madrid, 2005. Pág., 219; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >> en *Actualidad Penal*, Nº 40, 3-9 de noviembre de 1997, XLIV, 1997-2. Pág., 907. Olvida este autor como el artículo 430 del Código Penal de 1848, y el artículo 441 del reformado Código Penal de 1850 (y el artículo 429 del Código Penal carlista), son un precedente inmediato del vigente artículo 245.2 del Código Penal. “Es en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo

Introducido, a juicio de SALOM ESCRIVA, “*para ir atendiendo a nuevos supuestos que han ido apareciendo en la realidad social*”²²⁹. La conducta típica consiste en penetrar u ocupar. La entrada ha de ser en vivienda, habitáculo o edificio ajenos. Dichas construcciones habrán de ser ajenas al sujeto activo, lo que se determinará de conformidad con la legislación civil, y han de estar vacíos o, al menos, no constituir morada de persona alguna. La entrada ha de realizarse sin autorización debida. A penetrar u ocupar se equipara la conducta de mantenerse contra la voluntad del titular²³⁰.

En relación al referido artículo 241 de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal, afirma JORGE BARREIRO: “sería deseable que, en una futura reforma del Código penal, se incorporase una nueva figura típica del delito de usurpación (como la recogida en el Código penal italiano o la sugerida por la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal, -art. 241-), que contemple expresamente los supuestos de invasión

Código Penal de 1983, donde por primera vez se introduce esta nueva figura de ocupación de inmuebles, aunque con una redacción parcialmente distinta y en algunos aspectos más amplia que la que finalmente se concretó en el Código Penal de 1995, pues se castiga no sólo a quien ocupe, sino también a quien *penetre* en una vivienda, etc. Desconocemos las razones que llevaron a los redactores de esta Propuesta a introducir el delito pues no fueron explicitadas”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales*, vol. V. BIB 1999\793. Editorial Aranzadi, S.A. Pág., 3.

²²⁹ SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 79.

²³⁰ *Vid.*, SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Págs., 77-80. “La conducta típica consiste en “penetrar” u “ocupar”. Por la primera expresión habrá que entender el introducirse en vivienda, habitáculo o edificio ajeno con carácter transitorio, pues si la intención del agente es la de establecerse allí de modo permanente estamos ante una conducta de “ocupación””. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 79. “Por “vivienda” habrá que entender el lugar destinado a habitación de una o varias personas; por “habitáculo”, un concepto similar, si bien no todo habitáculo constituirá una vivienda, pudiendo serlo, por ejemplo, una parte de ella, y por “edificio”, cualquier construcción techada para albergar personas o materiales”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Págs., 79-80. “Aunque el precepto no lo dice expresamente, parece que está pensado para el caso de que la vivienda, habitáculo o edificio estén vacíos o, al menos, que no constituyan morada de persona alguna, ya que en este último supuesto sería de preferente aplicación el artículo 190 del anteproyecto, referido al allanamiento de morada, lo que parece además corroborarse porque el texto legal del artículo 241 exige que dichas conductas se realicen sin autorización o contra la voluntad del “titular” –no morador- de dichas construcciones. El tipo por tanto circunscribe su esfera de actuación a que dichos edificios no constituyan morada de persona alguna, ya por no serlo, estar vacías o tener otra finalidad (por ejemplo, local comercial)”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 80. “Corresponderá otorgarla [la autorización] al propietario de los mismos o al titular de un derecho de disfrute sobre ellos, autorización que podrá ser expresa o tácita, según las particulares circunstancias de cada caso concreto”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 80.

indebida (con cierto paralelismo respecto al allanamiento, pero con distinto bien jurídico protegido) en viviendas o edificios ajenos”²³¹.

C) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992

Se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de septiembre de 1992 (nº 102-I). Iniciados sus trámites parlamentarios no continuó su discusión al convocarse elecciones generales en abril de 1993, sufriendo el mismo final que el Proyecto de 1980. Reproduce la mayor parte del contenido de los tres intentos anteriores de 1980, 1983 y 1990²³²; y, aunque hay algunas aportaciones nuevas, apenas si mejora el Proyecto de 1980 con las modificaciones introducidas en la Propuesta de 1983 y el Borrador de 1990²³³. Consta de Título Preliminar, “*De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal*”, artículos 1 a 8; y tres Libros. El primero, “*Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal*”, artículos 9 a 144; Libro segundo, “*Delitos y sus penas*”, artículos 144 a 596; Libro tercero “*Faltas y sus penas*”, artículos

²³¹ JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987. Pág., 59.

²³² Sobre el Borrador de anteproyecto de parte general del Código penal de 1990; Vid., GARCÍA VALDÉS, C.: << Introducción al Borrador de Anteproyecto de nuevo Código penal (parte general) >> en *Anuario de la facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá. Nº 2, 1992-1993. Págs., 25-50; CEREZO MIR, J.: << Informe sobre el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal, de octubre de 1990 >> en *Actualidad penal*. Núm. 20, 1991. Págs., 263-278.

²³³ RODRÍGUEZ DE VESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 153. Vid., LÓPEZ MORA, A.: << Observaciones al proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 >> en *Anales del Centro Asociado de Albacete*. Número 12. Año, 1992-1993. Págs., 15-24; JUECES PARA LA DEMOCRACIA.: << Observaciones críticas al Proyecto de Código Penal >> en *Materiales de Jueces para la Democracia*. Número 16-17. Año 1992. Págs., 169-179; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: << El proceso de reforma penal español: Particular referencia al Proyecto de Código Penal de 1992 >> en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. VV.AA. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. (EDERSA). Madrid, 1993. Págs., 531-553. “Para la elaboración de la Parte Especial del Proyecto se ha tenido en cuenta el Derecho comparado, en aquello que, a juicio de la Comisión redactora (Berdugo Gómez de la Torre, García Miguel, García Valdés –Coordinador General-, Mestre Delgado –Secretario-, Paz Rubio, Quintero Olivares, y Vives Antón), merecía ser incorporado a nuestro articulado, así como las últimas e importantes reformas y actualizaciones de nuestro Código penal, es decir, las procuradas por las Leyes Orgánicas 8/1983, de 25 de junio, y 3/1989, de 21 de junio. De igual modo, la jurisprudencia constitucional y, sobre todo, la penal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo han sido siempre escuchadas, así como el mayoritario parecer doctrinal reflejado en muchas de las partes del nuevo Código penal”. GARCÍA VALDÉS, C.: *El Proyecto de nuevo Código penal. Dos estudios de Parte especial*. Ed. Tecnos. Madrid, 1992. Pág., 13.

597 a 617. Termina con una Disposición derogatoria, once Disposiciones transitorias, tres Disposiciones adicionales y una Disposición final²³⁴.

El Anteproyecto de 1992 ofrece ya un artículo 245, cuyos dos números coinciden con los que integran el también artículo 245 del Código Penal de 1995²³⁵.

²³⁴ Según su Exposición de Motivos, “El Código Penal de cualquier país representa, seguramente mejor que ninguna otra norma, el momento de civilización a que el mismo ha llegado; y no sólo, desde luego, por el tipo de penas que contiene y las funciones que se le asignan, sino también por la selección de bienes objeto de la máxima protección o el máximo reproche que la norma penal conlleva. En todo caso, el Código Penal es la expresión también de una dialéctica radical entre la razón de ser de todo Estado, y aun de toda sociedad, y su negación. En su articulado aparecen los males más importantes que los hombres han querido conjurar al vivir en sociedad y constituirse en Estado...El compromiso político que llevó a la decisión de elaborar un nuevo Código Penal, que nace en los llamados Pactos de la Moncloa, obedeció a la necesidad de dotar a la sociedad española de un sistema punitivo coherente con esas necesidades. La adaptación del vigente Código en todas sus exigencias solamente sirvió para dar una muy parcial satisfacción a esas necesidades...El Código está estructurado en tres Libros, como el actual, precedidos de un Título preliminar, que resulta de especial importancia porque en él se recogen principios elaborados por la jurisprudencia y la doctrina para la interpretación de las leyes, de signo garantista, que, aunque pueden derivarse de la Constitución, es conveniente su expreso refrendo positivo. Tal ocurre con los de legalidad penal, fundamento de la pena y proporcionalidad de éstas y de las medidas de seguridad con el hecho cometido... La selección de los bienes jurídicos objeto de tutela penal ha partido del marco constitucional de los derechos y libertades fundamentales... De acuerdo con ello subsisten, como es lógico, y aún se agravan, los castigos por ataques a la propiedad privada, especialmente cuando sean violentos; pero junto a ellos aparece el castigo de las conductas abusivas sobre el propio patrimonio, en materias como el urbanismo, el medio ambiente y otras. Todas ellas entrañan una limitación al poder dominical establecida en razón a que la propiedad privada, de acuerdo con el artículo 33.2, de la Constitución se encuentra constreñida por el interés social... El libro II y el libro III describen los delitos y las faltas. Estos dos libros son de muy distinta identidad. El libro de los delitos modifica el orden de los mismos, siguiendo la pauta marcada por los Proyectos y Propuestas de 1980 y 1983... El Título XII, rubricado «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico», es, sin duda, uno de los grupos de infracciones de mayor importancia tanto cualitativa como cuantitativa... *Entre los delitos patrimoniales tradicionales, hoy vigentes, existen algunos en los que simultáneamente se atacan intereses patrimoniales individuales y se ofenden bienes jurídicos de dimensión superior a los meramente individual.* Tal sucede, por ejemplo, con los delitos de insolvencia fraudulenta o las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, al margen de la vetustez o inoperancia de sus fórmulas. Eso no significa, que con adaptar los actuales delitos contra el patrimonio bastaría para satisfacer todas las exigencias político-criminales modernas, pues ciertamente no es así. Por otra parte, conviene recordar cuál *es el sentido que a la propiedad y al patrimonio se concede en la Constitución; reconociéndose que la propiedad privada es un derecho jurídicamente tutelado, y bueno para el desarrollo de la vida colectiva, se le limita en nombre del interés general, amén de no reconocerle carácter de derecho fundamental.* Esto resulta de enorme importancia para comprender la filosofía que animará a los delitos patrimoniales que se proponen y a las penas que se señalan, pero, sobre todo, en lo que ahora se trata, sirve para comprender que el individualismo característico de la mentalidad liberal con que se redactaron los Códigos del siglo XIX ha cedido lugar a una idea de lo patrimonial en la que, además de situarlo por debajo de bienes jurídicos de superior importancia, como la vida, la integridad física o la libertad, se valoran los ataques a cualquier manifestación de patrimonio común o público como delitos casi siempre más graves... *La usurpación registra dos novedades, una técnica y, otra, explicable por razones político-criminales: la distracción o represamiento de aguas, públicas o privadas, se define como delito específico y autónomo y como tipo nuevo de delito aparece la ocupación de viviendas o locales vacíos*”. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IV Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 23 de septiembre de 1992. Núm., 102-I. Págs., 1-29.

²³⁵ Artículo 245.- “1.- Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la

Así, mientras el apartado 1 recoge la usurpación violenta, el número 2 acuña la no violenta o pacífica, al decir: *“el que ocupare, sin la autorización debida, una vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviera en ellos contra la voluntad de su titular...”*. Se prescinde (en relación con el Anteproyecto de 1983), del verbo penetrar y del sustantivo habitáculo; lo que parece apuntar, según MANZANARES SAMANIEGO, a la exigencia de un cierto comportamiento temporal en la acción y, al deseo de eliminar un sustantivo innecesario. La situación se repite literalmente en los dos números del artículo 249 del Proyecto de 1992²³⁶.

Tanto en el Anteproyecto, como en el Proyecto de Código Penal de 1992, se mantiene, al igual que en la Propuesta de 1983, la tipificación de la ocupación pacífica de bienes inmuebles; si bien, con una redacción más restringida que en la referida Propuesta, pues desaparece la acción de *penetrar*, y se añade el requisito de que las viviendas o edificios *no constituyan morada*²³⁷. En la Exposición de Motivos del Proyecto se alude a esta inclusión y se expresa que *“como tipo nuevo de delito aparece la ocupación de viviendas o locales vacíos”*, y que resulta *“explicable por razones*

utilidad obtenida y el daño causado. 2.- El que ocupare, sin la autorización debida, una vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses o arresto de ocho a doce fines de semana”. Artículo 246.- *“El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio privado como de dominio público, será castigado con arresto de ocho a quince fines de semana, o multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o debido reportar excediere de cincuenta mil pesetas”*. Artículo 247.- *“1.- El que, sin hallarse autorizado, represare o distrajerse el curso de las aguas públicas o privadas en provecho propio o de un tercero, será castigado con la pena de arresto de siete a diez fines de semana o multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediere de cincuenta mil pesetas. 2.- Si el hecho causare grave perjuicio a la causa pública o a terceros, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”*. Anteproyecto de Código Penal 1992. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1992. Pág., 85. Artículo 592.- *“El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 245 de este Código, será castigado con multa de diez a treinta días si la utilidad no excediere de cincuenta mil pesetas o no fuere estimable, siempre que mediare denuncia del perjudicado”*. Anteproyecto de Código Penal 1992... *Op. cit.*, Pág., 169.

²³⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >>... *Op. cit.*, Págs., 219-220; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 907.

²³⁷ “Puesto que el concepto de morada establecido por la doctrina jurisprudencial es tan amplio que, por exclusión, deja un contenido mínimo, muy reducido, a lo que debe de entenderse por “no morada” en la usurpación no violenta, abracaría únicamente los edificios o inmuebles no habitados de forma real o actual, ya que los demás supuestos quedarían recogidos dentro del término “morada””. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 907.

político-criminales”; sin llegar a concretar, ni su etiología, ni las razones político criminales que aconsejaban su incorporación²³⁸.

El referido artículo 249.2²³⁹, junto con su apartado primero y los artículos 250 y 251, integran el Capítulo V “*De la usurpación*”, del Título XII “*Delitos contra el*

²³⁸ BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales*, vol. V. BIB 1999\793. Editorial Aranzadi, S.A. Págs., 3-4. Si escasas fueron las referencias que a este delito recogía la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, más lo fue el Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal del Consejo General del Poder Judicial; pues, ni en el acuerdo del Pleno de dicho Consejo, de 22 de abril de 1992, por el que se aprueba el referido Informe, ni en los votos particulares concurrentes con el mismo, existe referencia alguna a la usurpación, ya sea propia o impropia. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 907. *Vid.*, << Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial >> en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 11, año 1992. Págs., 155-272.

²³⁹ Artículo 249.- “2.- *El que ocupe, sin la autorización debida, una vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses o arresto de ocho a doce fines de semana*”. El Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) presentó una enmienda, la número 393, a los efectos de adicionar la palabra “*inmueble*” en el apartado 2 del artículo 249 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Propuso la siguiente redacción: Artículo 249.2.- “*El que ocupe, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada...*” (resto igual). El argumento con el que se justifica la enmienda es el siguiente: “*De esta forma el tipo abarcaría las ocupaciones de fincas*”. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IV Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 11 de febrero de 1993. Núm., 102-7. Pág., 226. En el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IV Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 7 de abril de 1993. Núm., 102-10. Págs., 521-687, se publica el Informe emitido por la Ponencia, presidida por don Javier Barrero López, relativo al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, según el cual “*Se mantiene el texto del Proyecto*” (Pág., 543). “En la usurpación se incluye el tema, preocupante en los últimos tiempos de los denominados “*okupas*”, grupos de personas que sustraen al propietario el disfrute posesorio de un inmueble, que no morada, usándola para residir en ella. Esta conducta no es en la actualidad allanamiento de morada y, al no producirse con violencia o intimidación en la personas, tampoco encajaba con propiedad en el vigente artículo 517 [CP 1973]. Al describir el nuevo delito (“el que ocupe, sin la autorización debida, una vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular”) estos hechos, se solventa una importante y denunciada laguna legal (art. 249.2)”. GARCÍA VALDÉS, C.: *El Proyecto de nuevo Código penal. Dos estudios de Parte especial...* *Op. cit.*, Pág., 49. En contra de este criterio, BAZA DE LA FUENTE sostiene que no es necesaria la creación de una figura nueva en el ámbito penal, pues, los casos más graves de usurpación no violenta en los que se produjeran daños en la propiedad realizados mediante actos graves de fuerza en las cosas, podrían solventarse mediante la aplicación del tipo penal de daños o coacciones; y ello sin perjuicio, de poder resolverse los casos menos graves con la aplicación del derecho civil. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Págs., 907-909. “El proyecto de Código Penal de 1992 introduce una importante novedad..., al establecer en el capítulo V, artículo 249.2 un nuevo tipo de delito”. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 898. “En el momento actual, fenómenos como los previstos por esta nueva figura de usurpación no violenta aparecen asociados a: 1.- Los denominados “*okupas*” o “*squatters*”. 2.- Los grupos marginales. El tema de los llamados “*okupas*” no es un problema sociológicamente grave en España, a diferencia de lo que ocurre en otros países como Alemania, Argentina, Estados Unidos... La actuación de estos grupos es desde luego antijurídica, no legítima, pues invaden el derecho de otra persona y no permiten el disfrute por ésta de su propiedad”. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Págs., 900-901. En la misma línea se muestra GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, al decir: “Desde el punto de vista *político criminal*, el Proyecto de 1992 culmina un loable proceso despenalizador, acorde con el principio de *intervención mínima y subsidiariedad del Derecho Penal*. No obstante, dicho

patrimonio y contra el orden socioeconómico”, del Libro II “*Delitos y sus penas*” del Proyecto de Código Penal de 1992²⁴⁰. En el ámbito de las faltas encontramos el artículo 603, ubicado sistemáticamente en el Título II “*Faltas contra el patrimonio*”, del Libro III “*Faltas y sus penas*”, que regula, como falta perseguible a instancia de parte, la misma conducta tipificada en el artículo 250, cuando la utilización obtenida por el agente es inferior a 50.000 pesetas o no es estimable²⁴¹.

principio sufre excepciones criticables... donde se amplía (en extensión) o exagera (en intensidad) la intervención penal, sin que ello parezca imprescindible... Crea, como submodalidad del delito de usurpación, un tipo penal, de peligrosa tendencia expansiva, que no exige violencia ni intimidación en la conducta del sujeto activo (artículo 249.2ª: *ocupar, sin la autorización debida, vivienda o edificios ajenos*) y que parece desproporcionado e innecesario si existen, como existen, técnicas civiles para proceder al desalojo del ocupante (ocupante, por cierto, de vivienda o edificio "que no constituyan morada"). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: << El proceso de reforma penal español: Particular referencia al Proyecto de Código Penal de 1992 >>... *Op. cit.*, Págs., 547-548.

²⁴⁰ Artículo 249.- “1.- *Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992).* Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1992. Pág., 134. El Proyecto de Código Penal establecía la posibilidad de imponer pena privativa de libertad para el delito de ocupación pacífica (arresto de fin de semana), lo que no estaba previsto para la violenta (únicamente pena de multa), de donde se infiere una mayor gravedad de la conducta pacífica que de la violenta. Extremo éste advertido y criticado por BAZA DE LA FUENTE, al decir “Tampoco convence que el Proyecto de Código Penal de 1992 pretenda castigar más a un ocupante no violento que a uno que lo haga con violencia o intimidación. En el primer caso el artículo 249.2 castiga al ocupante no violento con la pena de multa de tres a seis meses o con arresto de ocho a doce fines de semanas, dejándose a elección del Tribunal la aplicación de la pena. Si éste opta por el arresto de ocho a doce fines de semana se establecerá una pena más gravosa para el ocupante sin violencia que para el que ocupe un inmueble con ella, ya que a éste sólo se le castigará con una pena de multa de seis a nueve meses, que puede convertirse en arresto de fin de semana en caso de impago. A pesar de que el Proyecto de Código penal de 1992 intenta atenuar la pena, la está agravando, ya que para que al usurpador violento se le castigue con arresto es necesario que primeramente deje de pagar la multa. Sin embargo, al usurpador no violento no se le da posibilidad alguna, ya que debe cumplir el arresto de fin de semana, cuando el Tribunal opte por ello, sin opción de satisfacer la multa en primer lugar”. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 910. Artículo 250.- “*El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad privada como de propiedad pública, será castigado con arresto de ocho a quince fines de semana, o multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o debido reportar excediere de cincuenta mil pesetas*”. Artículo 251.- “1.- *El que, sin hallarse autorizado, represare o distrajerse el curso de las aguas públicas o privadas en provecho propio o de un tercero, será castigado con la pena de arresto de siete a diez fines de semana o multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediere de cincuenta mil pesetas.* 2.- *Si el hecho causare grave perjuicio a la causa pública o a terceros, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año*”. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992)... *Op. cit.*, Pág., 134.

²⁴¹ Artículo 603.- “*El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 250 de este Código, será castigado con multa de diez a treinta días si la utilidad no excediere de cincuenta mil pesetas o no fuere estimable, siempre que mediere denuncia del perjudicado*”. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992)... *Op. cit.*, Pág., 221. Para analizar las diferencias entre el Proyecto de Código penal 1992 y el Código penal de 1973, Vid., *Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1992*, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1992. Págs., 132-133.

D) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994

En el Consejo de Ministros de 22 de julio de 1994 se aprobó un nuevo Proyecto que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de septiembre de 1994 (nº 77-I), que en líneas generales cabe decir que incorpora algunas de las enmiendas del Proyecto de 1992²⁴². Consta de Título Preliminar, “*De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal*”, artículos 1 a 9; y tres Libros. El primero, “*Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal*”, artículos 10 a 137; Libro segundo, “*Delitos y sus penas*”, artículos 138 a 607; Libro tercero “*Faltas y sus penas*”, artículos 608 a 627. Termina con tres Disposiciones adicionales, once Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria, y seis Disposiciones finales.

Ya el Anteproyecto de 1994 recoge un artículo 238, cuyos dos apartados contemplan, respectivamente, las dos modalidades usurpatorias, violenta y pacífica, que se tipifican en el artículo 245 del vigente Código Penal de 1995. La redacción del Anteproyecto de 1994 es exactamente la misma que la del Anteproyecto de 1992, con la única salvedad de eliminar, en la ocupación pacífica, la posibilidad de imponer la pena de arresto de fin de semana, optando por la pena única de multa.

La redacción del Anteproyecto de 1994 se mantiene en el Proyecto de Código Penal de 1994, con la única peculiaridad de añadir en la usurpación violenta, la incorporación del adjetivo *inmobiliario*, en referencia a la usurpación de un derecho real de ajena pertenencia.

²⁴² RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 153. “En la elaboración del Proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del de 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Lo ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquellas que todo el mundo debería poder aceptar”. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1994 en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 26 de septiembre de 1994. Núm., 77-I. Pág., 3.

Tanto en el Anteproyecto, como en el Proyecto de Código Penal de 1994, se mantiene (al igual que en la Propuesta de 1983, Anteproyecto de 1992, y Proyecto de 1992), la tipificación de la ocupación pacífica de bienes inmuebles; si bien, con una redacción más restringida que en la Propuesta de 1983, pues desaparece la acción de *penetrar*, el sustantivo *habitáculo*, y se añade el requisito de que las viviendas o edificios *no constituyan morada*²⁴³.

En la Exposición de Motivos del Proyecto hay una referencia genérica a la tipificación, al decir “*se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser*”; y ello, después reconocer que los criterios en que se inspira es el de “*la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales*”²⁴⁴.

El referido artículo 238.2, junto con su apartado primero y los artículos 239 y 240, integran el Capítulo V “*De la usurpación*”, del Título XII “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*” del

²⁴³ Artículo 238.- “1.- Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de seis a dieciocho meses que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado. 2.- El que ocupare, sin la autorización debida, una vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. Artículo 239.- “El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o debido reportar excediere de cincuenta mil pesetas”. Artículo 240.- “El que, sin hallarse autorizado, distrajere el curso de las aguas de uso público o privativo en provecho propio o de un tercero, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediere de cincuenta mil pesetas”. << Anteproyecto de Código Penal 1994 >> en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. CGPJ. Núm. 40, año 1994. Págs., 63-64. Artículo 614.- “El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 239 de este Código, será castigado con multa de diez a treinta días si la utilidad no excediere de cincuenta mil pesetas o no fuere estimable, siempre que mediare denuncia del perjudicado”. << Anteproyecto de Código Penal 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 144.

²⁴⁴ La Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1994 no recogió referencia expresa alguna a este delito, como tampoco lo hizo el Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal del Consejo General del Poder Judicial; pues, ni en el acuerdo del Pleno de dicho Consejo, de 21 de junio de 1994, por el que se aprueba el referido Informe, ni en el voto particular concurrente con el mismo, existe mención alguna a la usurpación, ya sea propia o impropia. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 907. *Vid.*, << Anteproyecto del Código Penal 1994, Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado >> en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. CGPJ. Núm. 40, año 1994. Págs., 153-194.

Proyecto de Código Penal de 1994²⁴⁵. En el ámbito de las faltas encontramos el artículo 614, ubicado sistemáticamente en el Título II “*Faltas contra el patrimonio*”, del Libro III “*Faltas y sus penas*”, que regula, como falta perseguible a instancia de parte, la misma conducta tipificada en el artículo 239, cuando la utilización obtenida por el agente es inferior a 50.000 pesetas o no es estimable²⁴⁶.

Tras su tramitación parlamentaria, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 fue aprobado con modificaciones, de manera que nuestro vigente Código Penal fue promulgado por la resultante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y tras un periodo de *vacatio legis* de seis meses, entró en vigor el 24 de mayo de 1996.

Particular mención hay que hacer a la relación de objetos materiales enumerados en el artículo 245.2 del Código Penal: “*inmueble, vivienda, o edificio ajenos que no*

²⁴⁵ Artículo 238.- “1.- Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de ajena pertenencia, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que ejerciere, una multa de seis a dieciocho meses que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado. 2.- El que ocupare, sin la autorización debida, una vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. Artículo 239.- “El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o debido reportar excediere de cincuenta mil pesetas”. Artículo 240.- “El que, sin hallarse autorizado, distrajere el curso de las aguas de uso público o privativo en provecho propio o de un tercero, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediere de cincuenta mil pesetas”. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1994). Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1994. Págs., 96-97. Para analizar las diferencias entre el Proyecto de Código penal 1994 y el Código penal de 1973, Vid., *Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1994*. Ed. Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1994. Págs., 141-142.

²⁴⁶ Artículo 614.- “El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 239 de este Código, será castigado con multa de diez a treinta días si la utilidad no excediere de cincuenta mil pesetas o no fuere estimable, siempre que mediere denuncia del perjudicado”. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1994)... *Op. cit.*, Pág., 207. Para analizar las diferencias entre el Proyecto de Código penal 1994 y el Código penal de 1973, Vid., *Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1994*... *Op. cit.*, Págs., 307-308. Cfr., BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código penal de 1995 >>... *Op. cit.*, Pág., 217; BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Págs., 898-913; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >>... *Op. cit.*, Págs., 219-220; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 907; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 4-5; Vid., SERRANO GÓMEZ, A.: << El proyecto de Código penal de 1994 y las previsiones del artículo 88 de la Constitución >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Núm., 4. Madrid, 1994. Págs., 869-880; MARRACO ESPINOS, J.M.: << El Proyecto de Código Penal de 1994 >> en *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*. Sevilla, abril, 1995. *Comunicaciones*. Ed. Cima Medio Ambiente. Valencia, 1996. Págs., 271-278.

constituyan morada”; frente a la recogida en el artículo 238.2 del Proyecto de 1994: “*vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada*”. La inclusión del término “*inmueble*” no merecería mayor comentario, si no fuera por la forma *sorpresiva, inexplicable y misteriosa* en que se produjo; pues, rechazada la enmienda en que se instaba la incorporación de dicho término, finalmente aparece incorporado en el texto definitivo²⁴⁷. BARBER BURUSCO califica de “*sorprendente el proceso legislativo*”,

²⁴⁷ Al igual que sucediera en el Proyecto de 1992, al artículo 238.2 del Proyecto de 1994 (*Artículo 238.- “2.- El que ocupare, sin la autorización debida, una vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses” en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 26 de septiembre de 1994. Núm., 77-I. Pág., 36*), el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) presentó una enmienda, la número 1.135, a los efectos de adicionar la palabra “*inmueble*” en el apartado 2 del artículo 238 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Propuso la siguiente redacción: Artículo 238.2.- “*El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada...*” (resto igual). El argumento con el que se justifica la enmienda es el siguiente: “*De esta forma el tipo abarcaría las ocupaciones de fincas*”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995. Núm., 77-6. Pág., 387*. No constan más enmiendas presentadas a este artículo en el Congreso de los Diputados (*Vid., Índice de enmiendas al articulado en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 5 de abril de 1995. Núm., 77-7. Págs., 407-450; y en particular Pág., 424*). En el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 22 de mayo de 1995. Núm., 77-8. Págs., 451-480, se publica el Informe emitido por la Ponencia, presidida por don Javier Luis Sáenz Cosculluela, relativo al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, según el cual “*Se mantiene el texto del Proyecto*” (Pág., 464); si bien en su Anexo (Págs., 480-569), en la página 515, al transcribir el artículo 238.2 figura incorporada la palabra “*inmueble*”, pese a que “*se mantiene el texto del Proyecto*”. Ni el contenido del artículo 238.2, ni la enmienda 1.135, fueron objeto de debate en las Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, que tuvieron lugar entre el 10 de mayo y el 21 de junio de 1995, que haya sido recogido en el Boletín Oficial de las Cortes Generales; si bien, se votó en dicha Comisión de forma conjunta las enmiendas 1133, 1134 y 1135, con el siguiente resultado: “*votos en contra, 15; abstenciones, diez. El señor PRESIDENTE: Quedan rechazadas*”. *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1995. V Legislatura. Núm., 511. Pág., 15552*. En el Dictamen y escritos de mantenimiento de enmiendas que la Comisión de Justicia e Interior del Congreso eleva al Presidente de la Cámara para su defensa ante el Pleno, aparece incorporada la palabra “*inmueble*” pese a que como expusimos con anterioridad, la enmienda que la proponía fue rechazada: “*Artículo 238.2.- El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses*” en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 26 de junio de 1995. Núm., 77-9. Pág., 606*. En la sesión plenaria de 29 de junio de 1995, señor Camp i Batalla del Grupo Catalán (Convergencia i Unió), refiere: “*En relación con las 25 enmiendas que nuestro Grupo ha presentado a los artículos comprendidos en estos Títulos XII, XIII y XIV, merecen una especial atención aquellas que fueron aprobadas (!) en el trámite anterior de Comisión. Se incorpora la sanción penal de las ocupaciones de fincas y no sólo de viviendas, como hasta aquel momento contemplaba el proyecto de ley, se amplía, pues, el tipo punible previsto en el artículo 238.2 a través de la enmienda 1.135... Para ayudar a la ordenación de las enmiendas que nuestro Grupo tiene presentadas a estos títulos, anunciamos la retirada de las números 1.135 y 1.143, como antes he mencionado, puesto que su contenido se aceptó en Comisión (!)*”. *Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. Año 1995. V Legislatura. Núm., 160. Pág., 8510-8512*. En el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados sigue figurando, ahora en el artículo 246.2 la palabra *inmueble*: “*El que ocupare, sin autorización debida, inmueble, vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses*”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 19 de julio de 1995. Núm., 77-13. Pág., 704*. El artículo 246.2 no sufrió

preocupante la forma en que quedó incorporada la única enmienda, y falto de “*explicación razonable*”²⁴⁸.

2.2.10.- CÓDIGO PENAL VIGENTE DE 1995. REFORMAS POSTERIORES

Nuestro vigente Código Penal fue promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sancionado, y publicado en el Boletín Oficial del Estado, número 281, de 24 de noviembre de 1995 (corrección de errores en Boletín Oficial del Estado, número 54, de 2 de marzo de 1996), y tras un periodo de *vacatio legis* de seis meses, entró en vigor el 24 de mayo de 1996. A la Exposición de Motivos que le precede, le seguía un Título Preliminar, “*De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal*”, artículos 1 a 9; y tres Libros. El primero, “*Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*”, artículos 10 a 137; Libro

enmiendas en el Senado (*Vid.*, *Índice de enmiendas en Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. V Legislatura. Serie II. Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1995. Núm., 87 (d). Págs., 315-345). En el Informe emitido por la Ponencia designada en el seno de la Comisión de Justicia del Senado para estudiar el proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, y elevado a ésta, consta textualmente: “Artículo 246: La Ponencia mantiene el texto del Proyecto de Ley”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. V Legislatura. Serie II. Proyectos de Ley, 9 de octubre de 1995. Núm., 87 (e). Pág., 356. Y en el Anexo del referido Informe, consta textualmente: “Artículo 246.2.- El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. V Legislatura. Serie II. Proyectos de Ley, 9 de octubre de 1995. Núm., 87 (e). Pág., 413. En el Dictamen que la Comisión de Justicia del Senado eleva al Presidente de la Cámara para su defensa ante el Pleno, continúa figurando la palabra “*inmueble*”: “Artículo 246.2.- El que ocupare, sin autorización debida, un *inmueble*, vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. V Legislatura. Serie II. Proyectos de Ley, 23 de octubre de 1995. Núm., 87 (g). Pág., 520. El texto aprobado por el Senado es el mismo. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. V Legislatura. Serie II. Proyectos de Ley, 8 de noviembre de 1995. Núm., 87 (h). Pág., 628. Formuladas por el Senado enmiendas, que no afectaban al artículo de referencia, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 8 de noviembre de 1995, aprobó, de conformidad con lo establecido en los artículos 81 y 90 de la Constitución, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (expte. Nº 121/63), ordenándose su publicación en cumplimiento de lo previsto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara, quedando la usurpación pacífica definitivamente con la siguiente redacción: “Artículo 245.2.- El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 15 de noviembre de 1995. Núm., 77-15. Pág., 1013. A la misma conclusión que viendo los Boletines Oficiales de las Cortes Generales se llega si se estudia la obra *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios. Tomos I-III*. Ed. Cortes Generales. Madrid, 1996. (Según refiere BARBER BURUSCO, en << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 5, el procedimiento con que se elaboró esta obra fue un procedimiento fotográfico efectuado directamente de los Diarios).

²⁴⁸ BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 5.

segundo, “*Delitos y sus penas*”, artículos 138 a 616; Libro tercero, “*Faltas y sus penas*”, artículos 617 a 639. Termina con tres Disposiciones adicionales, doce Disposiciones transitorias, una única Disposición derogatoria, y siete Disposiciones finales. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en vigor a partir del 1 de julio de 2015, entre otras muchas modificaciones, derogó el Libro tercero del Código Penal. Consecuencia de ello es la supresión en la rúbrica del Libro primero de la referencia a las faltas; teniendo en la actualidad la siguiente redacción: “*Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*”²⁴⁹.

²⁴⁹ “El Código de 1995 culmina los anteriores intentos fallidos que, durante toda la época democrática (en 1980, en 1983 y en 1992), se produjeron para que los españoles pudieran tener un texto penal del máximo rango, adaptado a la Constitución de 1978 y a los valores de la sociedad española moderna”. LÓPEZ GARRIDO, D., Y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Ed. Eurojuris. Madrid, 1996. Pág., 26. “El texto definitivamente aprobado es considerablemente distinto del Proyecto que en su día remitió el Gobierno y, creemos, bastante mejor. En suma, y aunque suponga destacar lo obvio, el principal autor del nuevo Código Penal es el Parlamento, el legislador, sin que quepa añadir concretos nombres y apellidos al texto, por muy prestigiosos que sean y por mucho que gran número de penalistas contemporáneos puedan reconocerse en la inspiración de bastantes preceptos. Los autores del Código Penal no son los juristas, y deberíamos ser conscientes de que, a veces, las complicadas construcciones dogmáticas o las exigencias de la más exquisita técnica legislativa están muy alejadas no sólo del lenguaje utilizado por los legisladores, sino también de las preocupaciones de los ciudadanos”. LÓPEZ GARRIDO, D., Y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario... Op. cit.*, Pág., 18. “La llegada de la Democracia y la aprobación de la Constitución obligaron a hacer modificaciones indispensables que dejaron al viejo Código lleno de señales. Aunque fuera objeto de profundas reformas para adaptarlo a los principios constitucionales, la aplicación práctica de éstos, obligaba a realizar importantes modificaciones en la clase de penas y a una revisión total de la duración de cada una de las correspondientes a los distintos delitos. Se imponía pues la incorporación de nuevas conductas delictivas y la supresión de otras, a las que el cambio social transformó en su sentido y percepción. Se hacía pues absolutamente necesario elaborar un Nuevo Código, al resultar insuficientes las reformas emprendidas. Ello es así, porque las reformas hechas desde la aprobación de la Constitución (la Reforma parcial y urgente de 1983, la más amplia de 1989), no acabaron con la vetustez del Código ni resolvieron algunos de los problemas que aquejaban a la sociedad española, revelándose así como insuficientes. Además el espíritu de una sociedad fundada en el principio de la igualdad, en la idea de que el Estado y la Administración están al servicio de la ciudadanía, de una sociedad más tolerante, que no necesita recurrir al Código Penal para solucionar todos sus problemas, por leves que fueran, exigía en suma un Código Penal que no fuera una sola reforma y puesta al día del anterior, sino un texto impregnado de este espíritu. Nuestros políticos, así lo entendieron, y por ello con ocasión de la aprobación de los llamados Pactos de la Moncloa, se decidió elaborar un nuevo Código Penal. Así, y fruto de este compromiso político, mientras se producían reformas parciales entre 1978 y 1989, se empezaron a desarrollar los trabajos de redacción de un Nuevo Código Penal, que sin perjuicio, de lo mejor de la tradición jurídica española y de incorporar las soluciones técnicas propugnadas mayoritariamente por la doctrina, fuera realmente expresión del espíritu de la Constitución de 1978”. JUANES PECES, A.: *El nuevo Código Penal en síntesis: Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios*. Ed. Euroius. Madrid, 1997. Pág., 1. “Código que socialmente moderniza el Derecho Penal, en cuanto tipifica conductas nuevas que así lo exigen,... y, por otro lado, despenaliza conductas como el rufianismo...” BENTABOL MANZANARES, F.: *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades*. Ed. Colex. Madrid, 1996. Pág., 125. “La próxima entrada en vigor de un Código Penal de nueva planta constituye un acontecimiento jurídico de primera magnitud. Se trata de la tipificación de aquellas conductas que, incluso valoradas conforme al principio de intervención mínima, resultan absolutamente incompatibles con la vida social en el marco de

Como ya hiciera el Código Penal de 1848, la reforma de 1850²⁵⁰, y el Código Penal de 1928, el *Código Penal de la Democracia*, reintroduce en su articulado *como delito*, la ocupación pacífica de bienes inmuebles²⁵¹. Pese a llevar 63 años tipificado únicamente *como falta*, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no contiene ninguna referencia expresa a las razones político-criminales que llevan a la reintroducción de esta figura delictiva. Únicamente, e igual que hiciera la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, dice de forma genérica que “*se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser*”; y ello, después reconocer que los criterios en que se inspira es el de “*la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales*”²⁵².

un Estado de Derecho. Y se reacciona contra tales comportamientos con penas que pueden incidir sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ahora bien, un Código Penal no ha de ser valorado por adjetivaciones más o menos interesadas (el Código Penal de la Democracia o, en el límite de la incoherencia, el Código Penal de la Libertad, pues hasta ahí se ha llegado desde determinadas instancias) sino por su contenido, en relación, claro está, con la exigencias del momento histórico... Todo Código Penal de nueva planta... produce inevitablemente dos efectos con independencia de cuales fueren sus méritos. De un lado, la masiva revisión de sentencias... De otro, la necesidad de una inmediata respuesta jurisprudencial que unifique la interpretación de las nuevas normas”. MANZANARES, J.L., Y CREMADES, J.: *Comentarios al Código Penal*. Ed. La Ley. Madrid, 1996. Pág., 1. “La definición comúnmente aceptada del Derecho Penal lo entiende como instrumento de control social. Además, se añade, es el último medio y el más lesivo a los derechos fundamentales por el que la sociedad se ordena para posibilitar la convivencia pacífica”. MARTÍNEZ ARRIETA, A.: << Epílogo >> en *Nuevo Código Penal al alcance de todos*. SEGOVIA BERNABÉ, J.L.: Ed. Popular, 4ª edición. Madrid, 1996. Pág., 231.

²⁵⁰ También, pese a que no tuvo una vigencia territorial en toda España, el *Código Penal de Carlos VII*.

²⁵¹ Ya en los trámites parlamentarios se le venía denominado como *Código Penal de la Democracia*, “El señor López Garrido: Debemos mostrar la satisfacción de estar empezando en Comisión el debate de un *Código Penal de la democracia*. Ha sido una pretensión, durante anteriores legislaturas, que no se ha culminado nunca. Si se culmina en ésta, podremos decir que se habrá culminado una labor histórica. Lo digo sin ningún ánimo rimbombante, porque realmente sí que será una labor histórica el poder aprobar un Código que se adapte a los valores constitucionales y a la sociedad española del siglo casi XXI, y no a la sociedad del siglo XIX, que es la sociedad que alumbró la estructura básica del Código todavía vigente. Por tanto, es una necesidad la aprobación de este Código Penal y tiene una enorme significación: Significación política y social: el Código Penal, al que se ha llamado la *Constitución en negativo*, es probablemente la segunda norma en importancia de un ordenamiento jurídico, después de la Constitución, y de él dependen la vida, la integridad, los valores fundamentales de una sociedad, de las víctimas, que suelen ser las olvidadas del Derecho Penal, y de los delincuentes, de los condenados; según sea el Código Penal, será la vida de esas personas. Es la norma sancionadora máxima, la que más pesa sobre aquellas personas a las que se condena, y tiene una enorme importancia”. *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones. Año 1995. V Legislatura. Núm., 489. Pág., 14884.

²⁵² “La Exposición de Motivos del Código es la misma del Proyecto, de forma que tampoco aporta luz alguna sobre la necesidad o alcance de este delito”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada

usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 907. *Vid.*, AMADEO GADEA, (COORD.): *Código Penal. Tomo I.- Parte General. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262). Volumen II (artículos 139 al 639 y Disposiciones)*. Ed. Factum Libri Ediciones, S.L., 1ª edición. Madrid, 2007-2011; ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.Mª. (DIRS.); NIETO MARTÍN, A., Y PÉREZ CEPEDA, A.I. (COORDS.): *Comentarios al Código Penal*. Ed. Iustel, 1ª edición. Madrid, 2007; BENTABOL MANZANARES, F.: *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades*. Ed. Colex. Madrid, 1996; CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado*. Ed. Deusto Jurídico. Barcelona, 2004; CLIMENT DURÁN, C.: *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*. Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición. Valencia, 2011; COBO DEL ROSAL, M. (DIR.): *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. Ed. Edersa, 1ª edición. Madrid, 2005; COBO DEL ROSAL, M.; Y SUÁREZ LÓPEZ, J.M.: *Código Penal. Con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004*. Ed. Bosch. Barcelona, 2004; COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E.: *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. Ed. Colex, 13ª edición. Madrid, 2010; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.): *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis. Tomo II.- Arts. 319 al final*. Ed. Bosch, 3ª edición. Barcelona, 2012; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.): *Comentarios al Código Penal. Tomo 1.- (Arts. 1 al 108). Tomo 2.- (Arts. 109 al 204). Tomo 3.- (Arts. 205 al 318) Tomo 4.- (Arts. 318 bis al 445 bis). Tomo 5.- (Arts. 446 a Disposición derogatoria)*. Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2007; CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011; CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.): *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340). Tomo II.- (Arts. 341 a 639)*. Ed. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, 2004-2011; CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.): *Comentarios al Código Penal (Parte Especial, artículos 138 a 639). Volumen I-II*. Ed. Grupo Difusión. Madrid, 2008; DE ALFONSO LASO, D., Y BAUTISTA SAMANIEGO, C.: *El Código Penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2011; DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.): *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I.- Artículos 1 al 137. Tomo II.- Artículos 138-639*. Ed. Comares, 3ª edición. Granada, 2002; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (DIR.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Ed. Civitas, 1ª edición. Navarra, 2011; GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIR.): *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal. Tomos 1-4*. Ed. Bosch. Barcelona, 2006; GIMBERNAT ORDEIG, E., MESTRE DELGADO, E., ET AL.: *Código Penal con concordancias y jurisprudencia*. Ed. Tecnos. Madrid, 2003; GÓMEZ COLOMER, J.L.: *Constitución y Proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el Código Penal de 1995*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996; GÓMEZ TOMILLO, M. (DIR.): *Comentarios al Código Penal*. Ed. Lex Nova, 2ª edición. Valladolid, 2011; JUANES PECES, A.: *El nuevo Código Penal en síntesis: Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios*. Ed. Euroius. Madrid, 1997; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., MENDOZA BUERGO, B., Y RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (COORD.): *Código Penal*. Ed. Civitas. Madrid, 2004; LÓPEZ GARRIDO, D., Y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Ed. Eurojuris. Madrid, 1996; MACÍA GÓMEZ, R., Y ROIG ALTOZANO, M.: *Nuevo Código Penal de 1995*. Ed. Cedecs. Barcelona, 1996; MANZANARES, J.L., Y CREMADES, J.: *Comentarios al Código Penal*. Ed. La Ley. Madrid, 1996; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo I.- Parte General (Artículos 1 a 137). Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*. Ed. Comares. Granada, 2010; MARCHENA GÓMEZ, M.: *Código Penal de 1995. Un año de vigencia en la doctrina del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Fiscalía General del Estado*. Ed. Comares. Granada, 1997; QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.): *Comentarios al Código Penal español. Tomo I.- (Artículos 1 a 233). Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. Ed. Aranzadi, 6ª edición. Pamplona, 2011; RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.): *Comentarios al Código Penal*. Ed. Civitas, 1ª edición. Madrid, 1997; RODRÍGUEZ RAMOS, L. (DIR.), Y MARTÍNEZ GUERRA, A. (COORD.): *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias*. Ed. La Ley, 4ª edición. Madrid, 2011; SAAVEDRA RUÍZ, J. (DIR.) Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.): *Código Penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Ed. El Derecho, 2ª edición. Madrid, 2011; SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.): *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo I.- (Arts. 1 a 244). Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. Ed. Sepín, 3ª

En su redacción originaria, bajo la rúbrica “*De la usurpación*” se tipificaron en el Capítulo V, del Título XIII “*De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”, del Libro II “*Delitos y sus penas*”, del Código Penal de 1995, cuatro figuras delictivas distintas; a saber: ocupación de inmuebles o usurpación derechos reales inmobiliarios de pertenencia ajena con violencia o intimidación en las personas (art. 245.1), ocupación pacífica de inmuebles no constitutivos de morada (art. 245.2), alteración de términos o lindes de pueblos o heredades (art. 246), y distracción del curso de las aguas (art. 247)²⁵³.

edición. Madrid, 2010; SEGOVIA BERNABÉ, J.L.: *Nuevo Código Penal al alcance de todos*. Ed. Popular, 4ª edición. Madrid, 1996; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., FONTÁN M., RODRÍGUEZ GARCÍA, J.L. (COORDS.): *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y directivos. Manual teórico práctico. Volumen 1-5*. Ed. Recoletos. Madrid, 1996; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.): *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2012; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*. Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2010; VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.): *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I.- (Arts. 1 a 233) y Volumen II.- (Arts. 234 a Disposiciones Finales)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996; VIVES ANTÓN, T.S., Y MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (DIRS.): << Estudios sobre el Código Penal de 1995. Volumen I.- Parte General. Volumen II.- Parte Especial >> en *Estudios de Derecho Judicial*. Nº 2. Ed. CGPJ. Madrid, 1996.

²⁵³ “A través de estos tipos se dispensa una protección incompleta e imperfecta al patrimonio inmobiliario, o, mejor dicho, a una parte del mismo que constituye el objeto material sobre el que recaen en cada caso las conductas descritas en los correspondientes preceptos. Hay que destacar, por una parte, que las conductas de usurpación se refieren siempre a bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios; y de otra, la levedad de las penas previstas, lo que contrasta con las establecidas para los robos correspondientes e incluso para las simples coacciones. Tal déficit de protección penal se debe, en opinión de Choclán Montalvo, a la hiperprotección que esta clase de bienes reciben a través del derecho privado y, destacadamente, mediante la institución del Registro de la Propiedad... La regulación que hace el Código de 1995 coincide en lo esencial con la del Código anterior de 1973, con la salvedad de haberse introducido el nuevo delito de ocupación no violenta de inmuebles en general y de viviendas o edificios en particular, con lo que se viene a colmar una laguna que antes se vino salvando a base de soluciones técnicamente defectuosas a través del delito de coacciones genéricas”. CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. Ed. Deusto Jurídico. Barcelona, 2005. Pág., 222. “El Capítulo V del Título XIII recoge cuatro modalidades delictivas constitutivas de apoderamientos de bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos... Estas figuras tienen en común, en primer lugar, el objeto material sobre el que recaen (los inmuebles o derechos reales inmobiliarios); en segundo lugar, el carácter físico y de actuación directa sobre el objeto de la conducta típica que se define de forma genérica como usurpación; en tercer lugar, el bien jurídico protegido, como el dominio pleno sobre el objeto o sobre algún derecho real que recae sobre él; en cuarto lugar, la levedad de las penas con las que se sancionan estas conductas”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2003. Págs. 431-432. Artículo 245.1.- “*Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, una multa de 6 a 18 meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado*”. (Redacción originaria). “Ocupar es tomar posesión, invadir o instalarse en bienes inmuebles. Usurpar es apoderarse de un derecho legítimo de otro. En definitiva: comportarse como si fuera el propietario del inmueble o el titular del derecho real, mediante la desposesión de su legítimo titular”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos.

Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Dykinson, S.L., 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid, 2005. Pág., 501. “Se ejerce en estas modalidades delictivas violencia o intimidación en las personas cuando se emplea, previa o coetáneamente al hecho usurpatorio, una fuerza física, o psíquica tal que produzca un efecto coactivo, bien absoluto, bien relativo, por el que se obliga a una persona a soportar, para sí o para un tercero, un perjuicio patrimonial inmobiliario”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª. Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.). Ed. Tecnos. Madrid, 2011. Pág., 87. Artículo 245.2.- “El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. (Redacción originaria). “Se trata de la tipificación legal expresa de un hecho, la ocupación no violenta de viviendas vacías, que hasta ahora se reconducía al ámbito de la figura más general de las coacciones, delito o falta, toda vez que la ausencia de violencia, impedía la aplicación de la usurpación del antiguo art. 517. La ausencia de violencia y el hecho de que en la práctica, la conducta recayera sobre viviendas semiabandonadas, motivó que el hecho ahora tipificado fuera muchas veces calificado de falta de coacciones del antiguo art. 585.5º. La levedad de la sanción prevista y las dificultades de desalojo de los inmuebles así ocupados, unida a la frecuente comisión del hecho en los últimos años, parece ser el fundamento de este nuevo delito”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I (COORDS.). Ed. Comares, 3ª edición. Granada, 2002. Pág., 1678. “Este tipo de delito, introducido en nuestra legislación por el CP 95 EDL 1995/16398 a fin de sancionar las conductas de los llamados “ocupas”...”. Fundamento de Derecho Sexto, STS, Sala 2ª, S 15-11-2004, nº 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2004/197365). “Por lo que hace al bien jurídico protegido, éste puede ser identificado, siguiendo la opinión general y la propia ubicación del precepto como el patrimonio, y quizá, más exactamente, como la disponibilidad sobre el uso de determinados bienes, si bien no falte una cierta resonancia del orden público en tanto se combaten las iniciativas (con frecuencia multitudinarias) frente al orden establecido (jurídico y social)”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa, 1ª edición. Madrid 2005. Pág., 220. Artículo 246.- “El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de cincuenta mil pesetas”. (Redacción originaria). “Estamos ante un delito común que protege la propiedad inmueble mediante el castigo de toda alteración de los elementos que delimitan física y materialmente los bienes inmuebles o fincas registrales. El sujeto activo pretende con esta conducta cambiar los límites de bienes inmuebles en perjuicio de un predio y en favor del contiguo”. GALLEGU SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.): Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág., 545. “Se trata de una figura delictiva en la que se ofrece protección tanto al propietario particular como al municipio, cuando los límites territoriales establecidos para señalar la extensión de sus términos o lindes sufran alteraciones: de ahí que se haga referencia a que las propiedades sean tanto “de dominio público como privado””. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) 2.- Usurpación >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen 1*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). Ed. Iustel, 1ª edición. Madrid, 2011. Págs., 348-349. Artículo 247.- “El que, sin hallarse autorizado, distrajerse el curso de las aguas de uso público o privativo en provecho propio o de un tercero, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediere de cincuenta mil pesetas”. (Redacción originaria). “El comportamiento descrito... sanciona al que, sin hallarse autorizado, distrajerse (apartare, desviare) las aguas de uso público o privativo de su curso... siempre que con dicho comportamiento su autor obtenga efectivamente una utilidad económica (a diferencia del anterior, en este precepto no se hace referencia a la utilidad “pretendida”)”. HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.), Y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág., 295. “La distracción del curso de las aguas consiste en alterar el recorrido normal de aguas libres, ya sea modificando los cauces, embalsándolas, o mediante cualquier otro procedimiento similar que modifique su discurrir y permita el aprovechamiento de las mismas” GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >>... *Op. cit.*, Pág., 503.

El delito de ocupación tanto en su modalidad violenta (art. 245.1 CP), como no violenta (art. 245.2 CP), ha carecido de la correspondiente figura de falta (hoy delito leve). En su redacción originaria, sólo la alteración de términos o lindes de pueblos o heredades (art. 246), tenía su correlativa figura de falta (art. 624), cuando la utilidad reportada no excedía de cincuenta mil pesetas, o no era estimable, y siempre que mediase denuncia del perjudicado²⁵⁴. Tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de faltas se introdujo la sanción de las acciones del artículo 247 cuando la utilidad reportada no excede de 400 euros.

De las numerosas reformas que ha sufrido el articulado del Código Penal desde su promulgación, ninguna ha modificado el artículo 245, apartado segundo, que conserva su redacción original: *“El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*. Sólo tres Leyes Orgánicas de modificación del Código Penal, la 15/2003, la 5/2010, y la 1/2015 han afectado a las restantes modalidades usurpatorias; si bien, esta última ha incidido indirectamente en el artículo 245.2 del Código Penal al transmutar su condición de delito menos grave a leve²⁵⁵.

²⁵⁴ Artículo 624.- *“El que ejecutare los actos comprendidos en el art. 246, será castigado con multa de diez a treinta días si la utilidad no excede de cincuenta mil pesetas o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado”*. (Redacción originaria).

²⁵⁵ “Hemos perdido la cuenta del número de reformas que, casi siempre de prisa y corriendo, y a remolque de alguna clamorosa demanda ciudadana, han parcheado con escaso éxito un Código que después de muchos años en el astillero acabó siendo votado precipitadamente por razones con nombre y apellido. De prosperar el nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, estaríamos ante la reforma vigésimo octava o vigésimo novena, salvo error u omisión, porque a los juristas no se nos suelen dar muy bien las cuentas”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (I). De las garantías, infracciones penales, personas criminalmente responsables y penas >> en *Diario La Ley*. Nº 7989, Sección Doctrina, 21 de diciembre de 2012. Editorial La Ley. Pág., 1. “Resulta sorprendente que el cuerpo punitivo vigente, pese a su juventud, haya sufrido ya tantas y tan variadas modificaciones. Tal proceder quizás fuera comprensible si el mismo hubiera sido fruto de las prisas por tener un Código nuevo tras la aprobación de la Constitución de 1978. Pero no fue así. Desde que se inició el camino para elaborar un texto penal acorde con la nueva situación de España pasaron muchos años hasta que en 1995 viera por fin la luz. La pregunta lógica es: una vez que estuvimos tanto tiempo con un Código preconstitucional remendado ¿no hubiera sido lógico madurar su contenido hasta redactar uno técnicamente consistente y que contara con el refrendo de todos los representantes políticos? Pues tampoco fue así. El CP de 1995 no contó con el apoyo de todos los Grupos Parlamentarios, de forma que en cuanto hubo un cambio en el Gobierno se inició un anunciado proceso

de nuevo parcheo”. JIMÉNEZ DÍAZ, M^a.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2006. Pág., 11. He aquí la relación de reformas que ha sufrido el Código Penal desde su entrada en vigor: Corrección de errores en BOE núm. 139 de 11 de junio de 2015 (Ref. BOE-A-2015-6465). Se modifica con efectos desde el 28 de octubre de 2015, el art. 126, por *Ley 4/2015*, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. (Ref. BOE-A-2015-4606). Se modifica el capítulo VII del título XXII del libro II, por *Ley Orgánica 2/2015*, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. (Ref. BOE-A-2015-3440). Se deroga el libro III, se añade, se suprime, se modifica determinados preceptos y referencias indicadas, y se declara el carácter de Ley ordinaria al art. 128, por *Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Ref. BOE-A-2015-3439). Se derogan los arts. 309, 627 y 628, se modifica los arts. 31 bis, 305 a 308, 310 bis, 311 y 398, y se añade los arts. 305 bis, 307 bis, 307 ter y 433 bis, por *Ley Orgánica 7/2012*, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. (Ref. BOE-A-2012-15647). Se declara en la cuestión 4246/2001, BOE-A-2001-21092, inconstitucional y nulo, en la redacción original, el art. 335, por Sentencia 101/2012, de 8 de mayo (Ref. BOE-A-2012-7511). Se modifican los arts. 131, 197, 288 y 570, por *Ley Orgánica 3/2011*, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. (Ref. BOE-A-2011-1640). Se modifican determinados preceptos, por *Ley Orgánica 5/2010*, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Ref. BOE-A-2010-9953). Se modifica el art. 145, se añade el 145 bis y se suprime el inciso indicado de la disposición derogatoria única 1.a), por *Ley Orgánica 2/2010*, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. (Ref. BOE-A-2010-3514). Se modifican los arts. 47, 379 a 385 y la rúbrica del Capítulo IV del Título XVII del Libro II, por *Ley Orgánica 15/2007*, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial. (Ref. BOE-A-2007-20636). Se modifican los arts. 313.1 y 318 bis.1, por *Ley Orgánica 13/2007*, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. (Ref. BOE-A-2007-19879). Se declara en la cuestión 5152/2000, BOE-A-2000-20650, la inconstitucionalidad y nulidad de lo indicado del art. 607.2 y la constitucionalidad del primer inciso del mismo, interpretado según el Fundamento Jurídico 9, por Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre (Ref. BOE-T-2007-21161). Se añade el art. 361 bis, por *Ley Orgánica 7/2006*, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte. (Ref. BOE-A-2006-20263). Se modifica la sección 3 del Capítulo I del Título XVII del Libro II y el art. 348, por *Ley Orgánica 4/2005*, de 10 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos. (Ref. BOE-A-2005-16825). Se suprimen los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis, por *Ley Orgánica 2/2005*, de 22 de junio, de modificación del Código Penal. (Ref. BOE-A-2005-10621). Se modifican los arts. 83, 84, 88, 148, 153, 171, 172, 468 y 620, por *Ley Orgánica 1/2004*, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (Ref. BOE-A-2004-21760). Se añaden los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis, por *Ley Orgánica 20/2003*, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal. (Ref. BOE-A-2003-23645). Se modifica por *Ley Orgánica 15/2003*, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Ref. BOE-A-2003-21538). Se deroga el último párrafo del art. 617.2 y se modifican determinados preceptos, por *Ley Orgánica 11/2003*, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. (Ref. BOE-A-2003-18088). Se modifican los arts. 36, 76, 78, 90, 91 y 93, por *Ley Orgánica 7/2003*, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. (Ref. BOE-A-2003-13022). Se modifica el art. 505, por *Ley Orgánica 1/2003*, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales. (Ref. BOE-A-2003-4923). Se modifican los arts. 224, 622 y se añade una sección y un art. 225 bis al Capítulo III del Título XII del Libro II, por *Ley Orgánica 9/2002*, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. (Ref. BOE-A-2002-24044). Se dejan sin efecto los arts. 527 y 604, se suprime la Sección 3 del Capítulo IV del Título XXI del Libro II y se modifica lo indicado de los Títulos XXI y XXIII del Libro II, por *Ley Orgánica 3/2002*, de 22 de mayo, por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria. (Ref. BOE-A-2002-9848). Se modifica el art. 89, por *Ley Orgánica 8/2000*, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (Ref. BOE-A-2000-23660). Se modifican los arts. 40, 266, 346, 351, 504, 505, 551, 577, 578 y 579, por *Ley*

A) Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Según establece su Exposición de Motivos, “El vigente Código Penal fue aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. El tiempo transcurrido desde entonces ha puesto de manifiesto que es preciso llevar a cabo su actualización para abordar nuevas necesidades surgidas con la experiencia obtenida con su aplicación...”

La reforma del Código Penal pretende la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual.

Las reformas del Código Penal que se contienen en esta ley orgánica se han abordado en el marco de una revisión parcial, pero sistemática y coherente, del actual Código Penal. Por ello, se ha respetado la estructura y los principios del mismo, la

Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. (Ref. BOE-A-2000-23659). Se deroga la Disposición transitoria 12, por Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (Ref. BOE-A-2000-641). Se modifican los arts. 312.1, 518 y párrafo 1 del 517, y se añaden el apartado 6 al art. 515 y el Título XV bis, por Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (Ref. BOE-A-2000-544). Se añade Título XIX bis, por Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. (Ref. BOE-A-2000-543). Se modifican los arts. 566 y 567, por Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas. (Ref. BOE-A-2000-412). Se modifican los arts. 33, 39, 48, 57, 83, 105, 132.1, 153, 617 y 620, por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Ref. BOE-A-1999-12907). Se modifican los Capítulos I a V y el epígrafe del Título VIII del Libro II y los arts. 132.1, 57, 83.1, 105.1 y 617.2, por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. (Ref. BOE-A-1999-9744). Se deroga el art. 528 y se modifican los arts. 527 y 604, por Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos. (Ref. BOE-A-1998-23133). Se modifica el art. 170 y se añaden los apartados 4 y 5 al art. 514, por Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Ref. BOE-A-1998-14062).

unidad y el sistema del Código Penal de 1995. Por ello, las modificaciones operadas en un importante número de artículos responden exclusivamente a la inclusión de determinadas novedades de carácter técnico como son la sustitución de las denominaciones en pesetas por euros, la inclusión de nuevas penas, la mejora de la sistemática, entre otras”²⁵⁶.

En lo relativo a la usurpación, los artículos 80, 81 y 174 modifican, respectivamente, los artículos 246, 247 y 624 del Código Penal. La reforma se limitó a las actualizaciones de las cuantías objeto del hecho punible, estableciéndose la divisoria entre delitos y faltas en 400 euros; en la distracción del curso de las aguas suprime la expresión “en provecho propio o de tercero” y añade “de su curso, o de su embalse natural o artificial”; y en materia de faltas introdujo la sanción de las acciones del artículo 247 cuando la utilidad reportada no excede de 400 euros²⁵⁷.

²⁵⁶ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 283, de 26 de noviembre de 2003. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Pág. 41842. *Vid.*, POLAINO NAVARRETE, M.: *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*. Ed. Tecnos. Madrid, 2004; GONZÁLEZ PASTOR, C.P.: << Principales novedades de la reforma del Código Penal de 1995 >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. Nº 1, enero de 2004, Año 1, Ed. La Ley. Págs., 18-29; GONZÁLEZ FRANCO, J.A., Y RAGUÉS I VALLÈS, R.: << Ley Orgánica 15/2003, comentarios a la “enésima” reforma del Código Penal >> en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. Nº 80, 2004. Págs., 30-37; BONÉ PINA, J.F.: << Breve síntesis sobre la reforma del Código Penal de 1995 por Ley Orgánica 15/2003 >> en *Lo Canyeret*. Nº 36, noviembre-diciembre 2003; JAÉN VALLEJO, M.: << Las reformas del Código Penal (2002-2003) >> en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 6, 2004.

²⁵⁷ Artículo 246.- “*El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de 400 euros*”. Redacción conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; en vigor a partir del 01/10/2004. “En este delito no se castiga la usurpación o la ocupación material de un inmueble sino una forma más sinuosa y difícil de detectar y, por ende, más peligrosa de atentar contra el patrimonio ajeno, cual es la de modificar determinados signos que permiten delimitar la superficie y la titularidad de los bienes inmuebles. Tales alteraciones, como es obvio, tienen por finalidad última ampliar las fincas o solares propios en detrimento de los colindantes. Aunque, en principio, es un precepto pensado para reprimir conductas que se ciernen sobre inmuebles rústicos, nada impide, por no desbordar la tipicidad contenida en aquél, que se aplique a actos que recaigan sobre inmuebles urbanos (solares, plazas de garaje, etc.). No es imprescindible que se obtenga la utilidad buscada, en cuantía superior a cuatrocientos euros, es suficiente con que se haya intentado conseguir”. ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pág., 566. Artículo 247.- “*El que, sin hallarse autorizado, distrajerse las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediera de 400 euros*”. Redacción conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; en vigor a partir del 01/10/2004. “El bien jurídico protegido es la tutela penal de los recursos acuíferos, incrementando al que, sin hallarse autorizado, distrajerse las aguas de uso público o privativo de su curso o de su embalse natural o artificial. El concepto de “curso de aguas” de uso público o privado viene definido en el artículo 407 y 408 del Código Civil y la Ley Reguladora de Aguas, cuyo texto articulado, que fue aprobado por

B) Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Según establece su Exposición de Motivos, “La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. La progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible, en un marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales, sin un paralelo avance en materia de libertad y de seguridad, pilares indisolublemente unidos del concepto mismo de Estado de Derecho.

En este contexto, la presente reforma se enmarca en la confluencia de varias coordenadas que explican tanto su relativa extensión como la variedad de cuestiones que en ella se abordan.

Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones —a veces de considerable calado— de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir. Y, en fin, la cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995

Real Decreto Legislativo 1/2001, establece infracciones y sanciones administrativas, sin perjuicio de la aplicación del principio de prejudicialidad penal en los supuestos de infracciones delictivas (art. 120)... Cuando se trate de un aprovechamiento ilícito del suministro de agua mediante la alteración de contadores o mecanismos de control instalados, constituirá un delito de defraudación (art. 255). El delito de usurpación de aguas cede su aplicabilidad en otros casos de delitos más graves, como de daños contra el abastecimiento de aguas a poblaciones (art. 560.3)”. CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*. Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2010. Pág., 255. Artículo 624.- “1.-El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 246 será castigado con multa de 10 a 30 días si la utilidad no excede de 400 euros o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado. 2.- Será castigado con multa de 10 días a dos meses el que ejecute los actos contemplados en el artículo 247, si la utilidad reportada no excede de 400 euros”. Redacción conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; en vigor a partir del 01/10/2004. “No parece explicable que en el apartado 1 se exija para proceder denuncia del perjudicado y que en el apartado 2 no”. ORTIZ ÚRCULO, J.C.: << Artículo 624 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex, 13ª edición. Madrid, 2010. Pág., 1415.

han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección. A todo ello trata de dar respuesta esta Ley”²⁵⁸.

El artículo 60 de la presente Ley modifica la penalidad del apartado primero del artículo 245, sustituyendo la pena de multa por la pena de prisión²⁵⁹.

²⁵⁸ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 152, de 23 de junio de 2010. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Pág., 54811. “El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley del Código Penal de 1995 es la vigésimo tercera reforma de su articulado y... también la “más ambiciosa, tanto en extensión como en profundidad”. En extensión, porque afecta al menos a 134 artículos, y en profundidad, porque algunas de las reformas como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la libertad vigilada o la prescripción de delitos suponen un impacto notable en el sistema jurídico”. ARROYO, E.: << La reforma más ambiciosa del Código Penal >> en *Escritura Pública*. Nº 61, 2010. Pág., 28. “La LO 5/2010 no constituye, sin embargo, la enésima reforma del Código Penal vigente: no se trata de una manifestación más del “proceso de constante revisión” al que, según el Preámbulo, debe estar sometido el ordenamiento jurídico (también el Derecho penal) en las democracias avanzadas como la española. La loa al activismo legislativo y la implícita crítica a una estabilidad que hasta hace poco era considerada un valor de especial entidad en la legislación penal nos introducen en una reforma de hondo calado... La reforma es, en efecto, profunda y se resiste a la etiqueta de fácil. Por un lado, muestra rasgos codificadores: el ejemplo más característico de esta dimensión y, a mi juicio, lo más trascendente de toda la LO 5/2010 es la introducción de un sistema jurídico-sustantivo completo de responsabilidad penal para las personas jurídicas (cuyo eje es el nuevo art. 31 bis). Por otro lado, se mueve en un nivel estrictamente técnico... En tercer lugar, desde otra perspectiva, toma partido en las estrategias penológicas (o, en general, en lo relativo a las consecuencias del delito): ello se observa, en particular, en la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada... Por fin, en el otro extremo, puede observarse el abordaje de múltiples temas coyunturales... De todos modos, las perspectivas referidas (que constituyen por mi parte un tímido intento de sistematización) resultan abiertamente insuficientes para caracterizar un texto tan extenso y tan diverso en su contenido... No está claro cuál es la teoría de la pena que subyace a la reforma: probablemente, se trata de una teoría mixta en la que los aspectos de prevención general positiva se integran sin solución de continuidad con perspectivas retribucionistas. Así, la alarma social y la proporcionalidad (entendida ésta como prohibición de infra-protección) se esgrimen para justificar incrementos de pena carentes de toda lógica desde una perspectiva de prevención general de intimidación. Y, aunque la rehabilitación y reinserción del delincuente no dejan de ser mencionadas, sobre todo en el contexto de la libertad vigilada y de la localización permanente, parece claro que su incidencia es secundaria. De hecho, difícilmente puede sostenerse una fundamentación resocializadora de la sanción cuando se prevén penas de prisión cada vez de mayor entidad para delitos cuyos autores o no estarán “desocializados” o, desde luego, no serán susceptibles de una resocialización en prisión. Por otro lado, la ampliación de los plazos de prescripción no es tampoco justificable desde la perspectiva resocializadora, sino más bien desde otra de signo vindicativo”. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: << La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto >> en *Diario La Ley*. Nº 7464, Sección Doctrina, 9 de septiembre de 2010, Año XXXI. Ed. La Ley. Págs., 1-2. *Vid.*, RIUS DIEGO, J.F.: << La reforma del Código Penal >> en *Ciencia Policial: Revista del Instituto de Estudios de Policía*. Nº 103, noviembre-diciembre, 2010. Ministerio del Interior, Dirección General de Policía. Págs., 5-59; QUINTERO OLIVARES, G.: << La reforma del Código Penal y los problemas alrededor de su entrada en vigor >> en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. Nº 152, 2010. Págs., 30-34; FARALDO CABANA, P.: << Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010 >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Nº 81, 2011. Editorial La Ley; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (COORD.): *Memento Experto Francis Lefebvre. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2010.

²⁵⁹ Artículo 245.1.- “Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”. Redacción conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; en vigor a partir del

C) Del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (X Legislatura) a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Iniciados sus trámites parlamentarios, la Mesa del Congreso de los Diputados, en su reunión del 1 de octubre de 2013, adoptó el acuerdo de encomendar Dictamen, conforme al artículo 109 del Reglamento, a la Comisión de Justicia; así como de publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2013, y establecer plazo de enmiendas, por un período de quince días hábiles, que finalizaba el día 23 de octubre de 2013²⁶⁰. En ejecución de dicho acuerdo se ordenó la publicación de conformidad con el

23/12/2010. “Puede tener como objeto físico a inmuebles o derechos reales inmobiliarios. La característica determinante es el uso de la violencia en su doble forma de violencia física y violencia intimidatoria”. QUINTERO OLIVARES, G.: << De la usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.): Ed. Aranzadi. Thomson Reuters, 9ª edición. Navarra, 2011. Págs., 657-658. “Tras la reforma operada por la LO 5/2010, la pena que le corresponde al autor es de prisión de uno a dos años “que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”. En este punto ha de subrayarse el carácter excepcional de la disposición estudiada, en la medida en que cuando de pena de prisión se trata, no es común que el legislador indique criterios específicos de determinación judicial fuera de los contemplados en los artículos 66 y ss. Ahora bien, si se atiende al *iter* legislativo, quizás pueda concluirse que no se trata de ninguna especialidad, sino simplemente de un mero error que debería ser corregido *de lege ferenda* a través de la modificación del precepto: en efecto, antes de la aprobación de la LO 5/2010, el delito examinado estaba castigado con una pena de días multa, para cuya concreción se señalaba la utilidad obtenida y el daño causado (referencia ya de por sí confusa, porque en puridad, no era fácil comprender si utilidad y daño habían de determinar el número de cuotas, o la cuantía de cada una). La sustitución de la multa por prisión no se ha visto acompañada sin embargo de la eliminación de la referencia a ambos parámetros consagrándose así la disfunción apreciada”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. Ed. Iustel, 1ª edición. Madrid, 2011. Págs., 346-347. “La penalidad anterior de multa hacía que la doctrina mayoritaria entendiera que, en todo caso, había que castigar separadamente los actos de violencia o intimidación, pero con la actual redacción, y la comparación con la penalidad del apartado siguiente, se podría plantear que, al menos los casos de violencia o intimidación que no excedan de la falta podrían estar consumidos”. GALLEGU SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.): Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág., 544.

²⁶⁰ “El Consejo de Ministros ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal. Se trata de la reforma más profunda de las realizadas hasta ahora, al incluir una revisión del sistema penal para dar respuesta a las nuevas formas de delincuencia, a la multirreincidencia y a los delitos más graves. El texto se adecúa, además, a las conductas delictivas del siglo XXI a través de una revisión técnica de un número importante de delitos, entre los que sobresalen aquellos previstos para castigar la corrupción. Gracias a su nueva redacción se conseguirá el castigo de conductas que hasta ahora quedaban impunes. La adecuación a las conductas delictivas queda especialmente plasmada en la nueva redacción de los delitos de corrupción. En los delitos de administración desleal y malversación, por

artículo 97 del Reglamento de la Cámara, que tuvo lugar en Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de octubre de 2013 (nº 66-I).

Según la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada; y la revisión de la regulación del delito continuado.

ejemplo, ya no será necesario acreditar el enriquecimiento ilícito del administrador o funcionario que falte al deber que tiene encomendado si, entre otros supuestos, se acredita que ha firmado contratos por un precio desorbitado o por servicios no prestados. Entre las novedades del texto, que incluye las sugerencias realizadas por los órganos consultivos a cuyo estudio fue sometido -Consejo Fiscal, Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado-, figura la prisión permanente revisable en supuestos de excepcional gravedad. También profundiza en la imposición de medidas de seguridad que inició la Ley Orgánica 5/2010 con los delincuentes sexuales, de forma que la libertad vigilada podrá aplicarse a más delitos en función de la peligrosidad del reo: por primera vez se establece un sistema dualista, donde por un lado una pena castiga el hecho cometido y una medida de seguridad protege a la sociedad de la peligrosidad del sujeto. El Código Penal ahonda, igualmente, en la protección de la mujer mediante la introducción de nuevas figuras delictivas, como el delito de matrimonio forzado, el de acoso u hostigamiento, la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima y la alteración de los dispositivos telemáticos para controlar medidas cautelares. Para mejorar la eficacia y agilidad de la justicia penal se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de penas, fijando un sistema único que impida la duplicidad de actuaciones. Además, se suprimen las faltas que sobrecargan los juzgados y sólo las que tienen entidad penal se convierten en delitos leves. Las demás se castigarán por vía administrativa. También se trasponen varias decisiones europeas y se adelanta la adecuación del ordenamiento jurídico español de las que están en tramitación. Entre ellas destacan la que lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia, la que previene los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, y la pornografía infantil y la que combate la trata de seres humanos... *Supresión de las faltas.* Con el objetivo de hacer efectivo el principio de intervención mínima del Derecho Penal y de reducir el número de asuntos menores que sobrecargan los Juzgados, se ha decidido suprimir las faltas. Se mantendrán las que son merecedoras de reproche penal, pero como delitos leves, denominados de escasa gravedad y que estarán castigados con penas de multa. El proceso que les corresponderá se desarrollará en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se está trabajando. Mientras tanto, transitoriamente, se resolverán en juicios de faltas. El Código Penal incorpora un criterio de oportunidad para que las conductas que puedan ser consideradas delitos leves, pero no tengan gravedad suficiente para justificar la apertura de un proceso, ni exista interés público en su persecución, puedan ser archivadas a petición del fiscal. Las faltas que no merecen reproche penal abandonan el Código Penal, aunque se seguirán persiguiendo administrativamente dentro de la Ley de Seguridad Ciudadana o por la vía civil”. Publicado en página web oficial del Gobierno: http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2013/refc20130920.htm#CodigoPenal. En relación al modelo de Seguridad Ciudadana, *Vid.*, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Ed. Tirant lo Blanch, 7ª edición, corregida y aumentada. Valencia, 2013. Págs., 726 y ss. ... “¿Un giro –radical- hacia el Derecho Penal de la peligrosidad?”, puede consultarse, AYALA GÓMEZ, I.: << A propósito de las reformas (en curso) del Código Penal >> en *Otrosí*. Nº 13. Enero-marzo 2013, 5ª época. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Págs., 33 y ss.

Junto con ello, se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal: de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia. De otra parte, se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves. La reducción del número de faltas —delitos leves en la nueva regulación que se introduce— viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles²⁶¹.

Como ya sucediera en las diversas versiones del Anteproyecto, publicado en julio y octubre de 2012, y abril de 2013, y ampliamente comentado por MANZANARES SAMANIEGO, el texto del Proyecto tampoco afecta a la usurpación violenta ni pacífica de bienes inmuebles. Sí se ven modificados en su articulado los artículos 246, 247 y 624, al ser figuras delictivas que en razón de la cuantía objeto del hecho punible pueden ser constitutivas de delito o falta; y ante la previsión de supresión de éstas últimas²⁶².

²⁶¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 4 de octubre de 2013. Núm., 66-1. Pág., 2.

²⁶² Artículo nonagésimo séptimo.- Se modifica el artículo 246, que queda redactado como sigue: “1.- El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses. 2.- Si el hecho, por la escasa utilidad reportada o pretendida, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada o pretendida fuera superior a 1.000 euros.” Artículo nonagésimo octavo.- Se modifica el artículo 247, que queda redactado como sigue: “1.- El que, sin hallarse autorizado, distrajerse las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2.- Si el hecho, por la escasa utilidad reportada, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada fuera superior a 1.000 euros.” *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (16/07/2012)*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 2012. Págs., 77-78. Disposición Derogatoria Única.- “1.- Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”. *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (16/07/2012)*... *Op. cit.*, Pág., 100. Artículo centésimo vigésimo séptimo. Se modifica el artículo 246, que queda redactado como sigue: “1.- El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses. 2.- Si el hecho, por la escasa utilidad reportada o pretendida, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los

casos en los que el valor de la utilidad reportada o pretendida fuera superior a 1.000 euros.” Artículo centésimo vigésimo octavo. Se modifica el artículo 247, que queda redactado como sigue: “1.- El que, sin hallarse autorizado, distrajerse las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2.- Si el hecho, por la escasa utilidad reportada, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada fuera superior a 1.000 euros.” *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica le Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (octubre 2012)*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 2012. Pág., 110. Disposición Derogatoria Única.- “1.- Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”. *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica le Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (octubre 2012)*... *Op. cit.*, Pág., 151. “El Anteproyecto divide el precepto [art. 246 CP] en dos apartados. Suprime en el apartado 1 la referencia a la cuantía de la utilidad reportada o pretendida superior a 400 euros como elemento delimitador del delito y la falta en el Código Penal vigente, como consecuencia de la supresión de la falta del art. 624.1. En el nuevo apartado 2, se introduce un delito leve de alteración de términos o lindes de pueblos o heredades, cuando los hechos, por la escasa utilidad reportada o pretendida, resultara de escasa gravedad. En ningún caso se considerará de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada o pretendida fuera superior a 1.000. Para este delito leve se establece la pena de multa de uno a tres meses... En el delito de distracción del curso de las aguas [art. 247 CP], el Anteproyecto contiene una modificación análoga a la del artículo 246, al objeto de introducir el delito leve de distracción del curso de las aguas al suprimir la falta del art. 624.2 del vigente Código penal. Así, se divide el precepto en dos apartados, reproduciendo en el número 1 la redacción contenida en el Código Penal vigente, salvo la referencia a la cuantía superior a 400 euros de la utilidad reportada, que se suprime. El segundo apartado, el número 2, introduce el delito leve si el hecho, por la escasa utilidad reportada, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada fuera superior a 1000 euros... Siguiendo la estela del derecho comparado (Alemania -con la segunda Ley de reforma penal de 1 de enero de 1975-, Austria, Portugal) el legislador español suprime el Libro tercero del Código Penal. Como en estos países, algunas faltas se reconducen a delitos leves, otras pasan al derecho administrativo y otras dejan de formar parte del derecho administrativo sancionador y se remiten a la vía civil”. *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*. Madrid, 8 de enero de 2013. Págs., 217-218 y 335. Artículo centésimo cuadragésimo segundo. Se modifica el artículo 246, que queda redactado como sigue: “1.- El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses. 2.- Si el hecho, por la escasa utilidad reportada o pretendida, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada o pretendida fuera superior a 1.000 euros.” Artículo centésimo cuadragésimo tercero. Se modifica el artículo 247, que queda redactado como sigue: “1.- El que, sin hallarse autorizado, distrajerse las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2.- Si el hecho, por la escasa utilidad reportada, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada fuera superior a 1.000 euros.” *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica le Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (03/04/2013)*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 2013. Pág., 119-120. Disposición Derogatoria Única.- “1.- Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”. *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica le Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (03/04/2013)*... *Op. cit.*, Pág., 172. “Las modificaciones introducidas en el Anteproyecto de octubre de 2012 tras ser informado por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial son de tal entidad que el texto de 3 de abril de 2013, el enviado ahora al Consejo de Estado para su dictamen, constituye realmente un Anteproyecto distinto al que fue sometido en su día a la consideración de aquellos órganos. De ahí la necesidad de recabar nuevos informes de la Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial, que no han tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones tan importantes como la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme al novísimo art. 31, o sobre el nuevo contenido del art. 101 al prescindirse calladamente de la custodia de seguridad. Véanse a continuación, precepto por precepto, las diferencias entre el primitivo texto de octubre de 2012 y el actual de 3 de abril de 2013. Y no se olvide que ya anteriormente, en julio de 2012, el propio Ministerio de Justicia había publicado una especie de borrador”. MANZANARES

SAMANIEGO, J.L.: << Nuevo Anteproyecto de Código Penal de 3 de abril de 2013. Novedades de la parte general >> en *Diario La Ley*. Nº 8108, Sección Doctrina, 19 de junio de 2013. Editorial La Ley. Pág., 1. “No resulta atrevido afirmar hoy que el Código Penal de 1995 ha defraudado las esperanzas en él depositadas como modelo de texto bien construido técnicamente, con respuestas razonables a los problemas del siglo XXI y una justificada vocación de permanencia. Por desgracia la realidad ha sido muy otra. Desde el bien elaborado Proyecto de 1980 hasta el Código Penal de 1995, los sucesivos trabajos pre legislativos (Anteproyectos, Proyectos y Propuestas) marcaron una línea descendente de vaivenes más políticos que jurídicos, sin olvidar las simples ocurrencias de última hora en los trámites parlamentarios. El resultado está a la vista. Hemos perdido la cuenta del número de reformas que, casi siempre de prisa y corriendo, y a remolque de alguna clamorosa demanda ciudadana, han parcheado con escaso éxito un Código que después de muchos años en el astillero acabó siendo votado precipitadamente por razones con nombre y apellido. De prosperar el nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, estaríamos ante la reforma vigésimo octava o vigésimo novena, salvo error u omisión, porque a los juristas no se nos suelen dar muy bien las cuentas. Se trataría, en todo caso, de una de las reformas más importantes junto a las representadas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y 5/2010, de 22 de junio, tanto por el número de preceptos afectados como por la entidad de unos cambios entre los que se cuentan la incorporación de la pena de prisión perpetua revisable a nuestro arsenal punitivo y la desaparición de las faltas. El presente estudio pretende examinar, artículo por artículo, las novedades que el Anteproyecto comporta en la Parte General, ateniéndose para ello a la versión definitiva, de octubre de este año, que no coincide con la anteriormente publicada el mes de julio por el Ministerio de Justicia... La derogación del Libro III de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, recogida en la Disposición Derogatoria Única del presente Anteproyecto de 2012, conlleva la supresión de la específica referencia a las faltas en aquellos preceptos donde hasta ahora aparecían expresamente los delitos y las faltas en un plano de igualdad. Así ocurre en numerosos artículos a cuyo nuevo texto nada hay que objetar”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (I). De las garantías, infracciones penales, personas criminalmente responsables y penas >> en *Diario La Ley*. Nº 7989, Sección Doctrina, 21 de diciembre de 2012. Editorial La Ley. Págs., 1-3. “Probablemente, el rasgo más destacable de la reciente evolución del ordenamiento punitivo español sea el sorprendente número de reformas penales (directas o indirectas), que se han venido sucediendo desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, y que han afectado a un altísimo número de preceptos del texto penal. En efecto, si valoramos mínimamente el conjunto de reformas producidas en estos diecisiete años de vigencia del Código Penal, observamos que junto a ciertas modificaciones que se pueden considerar inevitables (y que por ello, aparecen plenamente justificadas, al margen de la valoración técnica que nos merezcan), se han producido otras que han venido a debilitar decididamente los fundamentos garantistas (inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho), que han caracterizado tradicionalmente la Política Criminal en nuestro país. Según una opinión cada vez más extendida, y tal como sucede en el resto de los ordenamientos penales europeos (también en el ordenamiento español), estas reformas penales son el reflejo de un evidente “Expansionismo” del Derecho Penal, concepto que quiere expresar que el surgimiento de nuevas realidades delictivas aconseja proceder a una ampliación de los contenidos del Derecho Penal, la cual se produce bajo una doble orientación. En primer lugar, nos encontramos ante un fenómeno de *expansión en el sentido extensivo*, o lo que es lo mismo, de ampliación de las figuras penales, de crecimiento de los tipos delictivos previstos en nuestra legislación, lo que puede justificarse a través de lo que (con mayor o menor acierto), se ha denominado Derecho Penal de la sociedad del riesgo. Es una realidad innegable, pues, que en el marco que determina el creciente nivel de desarrollo tecnológico de la sociedad contemporánea, se generan nuevos intereses que, a priori, aparecen como susceptibles de tutela penal, como nuevas formas de agresión u ofensa a bienes jurídicos. Indiscutiblemente, el avance social y la tecnificación de nuestra sociedad, hace que estos nuevos riesgos se generalicen, y se aprecien desde el punto de vista de la sensibilidad social como potenciales amenazas a amplios colectivos, de forma que hacen surgir un sentimiento de inseguridad (cuando no de temor manifiesto), que se convierte paulatinamente en una demanda de intervención que los poderes públicos no pueden ignorar. Por otra parte, el desconocimiento y la incertidumbre respecto a la potencialidad lesiva de esas nuevas técnicas, asentadas socialmente pero reconocidas como efectivamente arriesgadas, determinan que con la intención de cubrir la demanda social de intervención penal, las técnicas de tipificación varíen respecto a las más tradicionales, proliferando formas cada vez más flexibles de imputación de responsabilidad penal. Con ello, se produce de forma inevitable una extensión del contenido propio del Derecho Penal; de una parte, se admiten nuevos intereses o bienes jurídicos (generalmente de carácter colectivo o difuso) que se entienden dignos de tutela y protección, ampliando el catálogo tradicional. En esta línea, autores como Díez Ripollés señalan que los componentes materiales

de estos nuevos intereses o bienes jurídicos marcarían algunas diferencias respecto a los bienes jurídicos tradicionales, producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales. Por otra, las nuevas formas de riesgo para estos y otros intereses, determina la utilización de técnicas de tipificación específicas: delitos de simple actividad fundamentados en la simple puesta en peligro del objeto de tutela, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo; y por último, ante la dificultad de precisar los términos de atribución de responsabilidad penal a un sujeto en concreto, se flexibilizan las reglas de imputación de responsabilidad, con la merma de garantías penales y procesales que ello puede llegar a suponer, aumentando también las posibilidades de intervención penal. Así pues, se observan ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica derivadas de una menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos y del uso frecuente de la técnica de las leyes penales en blanco. Éste, como hemos dicho, es un fenómeno expansivo que ha podido observarse en los más variados ordenamientos penales, y ha motivado la proposición por parte de la doctrina científica de muy meritorios esquemas aplicativos que llegan a proponer incluso la aparición de auténticos nuevos modelos penales (el Derecho Penal de Segunda Velocidad, o el llamado Derecho Penal de la Sociedad del Riesgo). Somos también conscientes de que, siendo inevitable este movimiento expansivo, no puede criticarse, sino tan sólo procurar su adaptación, sin resignación alguna, a los esquemas limitativos mínimos que, a nuestro juicio, siguen siendo de aplicación obligada, aún con ciertas adaptaciones perfectamente admisibles en su marco teórico. Ahora bien, junto a esta primera forma de expansión del moderno Derecho Penal español, se produce otra, que podemos denominar como *expansión intensiva*, y que se plasma, no tanto en el aumento más o menos justificado de los tipos delictivos, sino en el claro endurecimiento de los principales medios de reacción penal, fundamentalmente, las penas. Sin duda, este fenómeno se plasma en nuestro más reciente Derecho Penal, lo que ha supuesto una auténtica involución en las líneas de Política Criminal surgidas en los últimos años, hasta el punto de haber sido calificada de auténtica “contrarreforma punitiva”. Sin duda, que muchas de estas reformas tienen sobrada justificación: cambios sociales, económicos, políticos, religiosos y culturales; exigencias de armonización europea y otras obligaciones internacionales; avances tecnológicos; nuevas realidades criminales, etc. Pero su justificación (o al menos, explicación), no elimina un cierto poso de improvisación, de presiones mediáticas, de conveniencias coyunturales, en definitiva, del término que ha cobrado fortuna como “populismo punitivo”. Del panorama reformista descrito se deriva una realidad con una mayor presencia del Derecho Penal, lo que significa más castigo y más represión, o lo que es lo mismo, un recorte en nuestro sistema de derechos y libertades. Es decir, un incremento de la intervención punitiva, el tránsito de un “Derecho Penal Mínimo” a un “Derecho Penal Máximo”; la expansión de conductas prohibidas; las formulaciones típicas con una considerable indeterminación del presupuesto; el aumento de remisiones normativas y de cláusulas pendientes de valoración; el empleo constante y creciente de diversas estructuras de adelantamiento de la intervención (delitos de peligro, omisión, imprudencia, formas de autoría, tentativa, actos preparatorios), y en general, de una estrategia legislativa tendente a configurar tipos penales que faciliten la prueba. A todo ello se le ha de unir, además, un incremento de la severidad de la reacción punitiva, con el predominio de la pena de prisión de media, larga o incluso indeterminada duración”. PÉREZ FERRER, F.: << Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España >> en *Anales de Derecho*. Nº 30, 2012. Págs., 197-200. *Vid.*; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (II). De la suspensión de la ejecución, de la sustitución de penas y de la libertad condicional >> en *Diario La Ley*. Nº 7991, Sección Doctrina, 27 de diciembre de 2012. Editorial La Ley. Pág., 1-9; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (III). De las medidas de seguridad >> en *Diario La Ley*. Nº 7999, Sección Doctrina, 11 de enero de 2013. Editorial La Ley. Págs. 1-9; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (IV). De la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad criminal (artículos 109 a 137) >> en *Diario La Ley*. Nº 8003, Sección Doctrina, 17 de enero de 2013. Editorial La Ley. Págs., 1-7; SERRANO GÓMEZ, A.: << Notas al Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de octubre de 2012 >> en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 15, 2013; PÉREZ MEDINA, A.: << La reforma penal que viene, renovar el enjuiciamiento criminal y endurecer el Código Penal >> en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. Nº 171, 2012. Págs., 6-8. Artículo centésimo cuarenta y séptimo. Se modifica el artículo 246, que queda redactado como sigue: “1.- El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses. 2.- Si el hecho, por la poca utilidad reportada o pretendida, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán

de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada o pretendida fuera superior a 1.000 euros". Artículo centésimo cuarenta y ocho. Se modifica el artículo 247, que queda redactado como sigue: "1.- *El que, sin hallarse autorizado, distrajerse las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2. Si el hecho, por la poca utilidad reportada, resultara de escasa gravedad, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la utilidad reportada fuera superior a 1.000 euros*". Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 4 de octubre de 2013. Núm., 66-1. Pág., 67. Disposición derogatoria única. "1.- *Queda derogado el libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*". Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 4 de octubre de 2013. Núm., 66-1. Pág., 92. "El CP 1995 se ha modificado en veintisiete ocasiones, y algunas de las reformas han sido muy extensas, como la que la que contempla el nuevo Proyecto de reforma aprobado en Consejo de Ministros del pasado 20 de septiembre. Las leyes cambian con frecuencia, lo mismo que la ciencia y las normas penales. En nuestro país lo hacen con demasiada frecuencia debido a una deficiente política criminal, inseguridad del legislador e intereses del partido político que en cada momento gobierna. Además de la tendencia del legislador a incrementar la punitividad hay que destacar la naturaleza líquida de nuestra legislación penal, que se refleja en los constantes cambios. La modernidad que vivimos o al menos a la que nos encaminamos es líquida. En comparación a los sólidos, las normas pueden cambiar de forma con facilidad y, de hecho, son altamente cambiantes. Se moldean con sencillez, aunque esta nueva forma es difícil de mantener, enseguida se convierte en obsoleta. Lo líquido es lo que no llega a solidificar. El tiempo es tan importante como el espacio o más: influye con rapidez y no hay tiempo para pararse a reflexionar con detenimiento. Coinciden diversos autores en que estamos viviendo cambios importantes. También existen muchas pruebas empíricas de ello, tan claras que para algunos sería suficientes con mirar a nuestro alrededor para advertirlo. Algunos comentaristas llegan, en esta línea, a sugerir que podríamos estar encaminados hacia algo distinto a la modernidad, motivo por lo cual se ha hablado de una postmodernidad. Aunque esta opción parece hoy en día, en el mejor de los casos, minoritaria, ofrece una imagen muy ilustrativa de la profundidad de los cambios que afrontamos. Es ingenuo, por supuesto, pensar que estos cambios no afectan, por ejemplo y a nuestros intereses, a los individuos, a las disciplinas o a la Política criminal, y a los Códigos y Leyes penales de un país. Nos encontramos ante la tramitación de la reforma número veintiocho del CP 1995. Se recuerda que en junio de 2010 hubo otra importante y 55 de los artículos que sufrieron cambios vuelven a ser modificados ahora en el Proyecto. Estos cambios constantes nos lleva a inseguridad jurídica, falta de certeza en el Derecho y que nuestra legislación penal sea líquida, muy líquida. Los cambios son necesarios, bien por la evolución social, la realidad criminológica y los avances de la Dogmática. Sin embargo, nuestra deficiente política criminal en buena medida obedece a que los dos partidos que se vienen alternado en el poder con demasiada frecuencia legislan a favor de su ideología e intereses y no en aproximar en todo lo posible las normas a un Derecho justo. En todo caso, legislar es complejo y las dudas que se plantean al elaborar las normas no es algo excepcional. En este trabajo no se comenta el contenido del articulado de los textos del Anteproyecto ni los del Proyecto, sino las dudas e inseguridad del legislador en su elaboración, aunque se hacen algunas observaciones. II.- El Proyecto.- Los textos del Anteproyecto. Se dieron a conocer tres, aunque sólo uno fue aprobado en Consejo de Ministros. Con fecha 16 de julio de 2012 se publica un Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Termina diciendo: "Elévese al Consejo de Ministros... El Ministro de Justicia". En el Consejo de 11 de octubre se aprueba el Anteproyecto de reforma que varía notablemente del elaborado en julio. En abril de 2013 se publica un nuevo texto, que no pasa por el Consejo de Ministros, y contiene muchos cambios respecto al de octubre de 2012. El Proyecto se aprobó como tal en Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2013. El texto de julio del Anteproyecto modificaba 119 artículos e introducía 22 nuevos. También modificaba diversas rúbricas de títulos o capítulos e incorporaba otras. Se deroga el Libro III, los arts. 89, 285, 299, 552, 556 y 607.2. En el segundo texto, de octubre, se modifican además 32 artículos que no se habían reformado en el anterior, y se añaden 17, así como secciones o capítulos. También en el texto de octubre se vuelven a introducir cambios en 15 artículos que ya se habían modificado en el primero. Se publica un tercer texto, en abril de 2013, del que me ocupo más adelante. En el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros, en octubre de 2013, el número de artículos que aparecen reformados es de 151 y 36 son de nueva incorporación. Algunos artículos modificados en el primer texto no se incorporaron al segundo; sucede como consecuencia de haberse presentado un Proyecto de reforma del CP tres semanas más tarde de aparecer el primer texto del Anteproyecto. Este se da a conocer el 17 de julio y el Proyecto entra en el Congreso el 8 de agosto, que daría lugar a LO 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del Código Penal en materia de fraude fiscal. Hay notables diferencias entre el contenido de los artículos que aparecen en el

primer texto del Anteproyecto y el que se incorpora al Código modificado. Esto pone de manifiesto, una vez más, la inseguridad del legislador. Sobre algunos aspectos de esta reforma, que afectan al tema que nos ocupa, se volverá más adelante. De los 151 artículos que sufren cambios en el Anteproyecto definitivo aprobado en octubre, 42 ya se habían modificado en la reforma del CP de junio de 2010. Esto indica la falta de criterios sólidos del legislador español, la influencia que tienen los cambios políticos, y la carencia de una política criminal medianamente aceptable. III.- Nuevo texto del Anteproyecto de 3 de abril de 2013. El Ministerio de Justicia publica un nuevo texto el 3 de abril que envía al día siguiente al Consejo de Estado para su correspondiente informe, lo que no es correcto, pues debió remitir el aprobado en el Consejo de Ministros de octubre de 2012, con el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial; también el redactado por el Consejo Fiscal. Estos informes se tienen presentes en el nuevo texto del Anteproyecto. Son muchas las variaciones que contiene en relación con el texto de octubre de 2012 aprobado en Consejo de Ministros. Se recuerda que éste contenía 200 reformas, mientras que el nuevo las eleva a 239. Introduce 11 artículos nuevos; se modifican 21 que no lo habían sido en el texto de octubre y se incorporan cambios en otros 56 que ya se habían modificado. En total son 88 los artículos que se añaden o modifican, más otros dos que se derogan. Se incorporan dos capítulos, hay cambios en algunas secciones y capítulos y se suprime el Título XIX bis del Libro II... Como ya se apuntó, en el Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2013 se aprueba el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se publica en el Boletín de las Cortes del 4 de octubre. En su redacción final, como es lógico, se perfecciona y se hacen cambios que afectan a 82 artículos del último texto del Anteproyecto, el de abril de 2013, y a otros seis que se incorporan. Se modifican 168 del CP 1995, según queda redactado después de haber sufrido veintisiete reformas, la última en diciembre de 2012; se añaden 47 artículos; se derogan 7; se modifica la rúbrica de un libro y de 10 títulos, capítulos o secciones, se añaden cuatro y se suprime un capítulo y un título. Si se considera que también sufren cambios los artículos del Libro III, pues al derogarse afecta a 2, y teniendo en cuenta los que se añaden y derogan, la reforma afecta, salvo error u omisión, a 243 artículos. Estamos ante la reforma más extensa de las veintisiete que ha sufrido el CP 1995, incluso si la comparamos con otras de textos anteriores. Cabe recordar que la 22 de junio de 2010 afectó a 161. De los 168 artículos que figuran reformados en el Proyecto, 70 corresponden al Libro I y 98 al II. De los 47 artículos que se añaden al Código, 24 pertenecen al Libro I y 23 al II. El Proyecto en su tramitación parlamentaria sin duda que será objeto de enmiendas tendentes a modificar el texto. No pretendo en este trabajo hacer un estudio de los errores y aciertos del legislador, pues ello requiere mucho tiempo y espacio, aunque ya me he ocupado en otro lugar de algunas cuestiones; no obstante, hay algunos estudios sobre el Anteproyecto. Simplemente deseo poner de manifiesto que su elaboración ha sido precipitada. De haber sido más meditada el texto del Anteproyecto aprobado en octubre de 2012 no habría sido objeto de tantos cambios en el texto de abril de 2013 y ahora en el Proyecto. Las dudas e inseguridad del legislador en todo este proceso es patente, aunque ello no necesariamente tiene llevar a un texto final poco satisfactorio. En cuanto a la política criminal seguida se mantiene, como en casi todos los cambios anteriores, una mayor punitividad, lo que viene de lejos. La realidad pone de manifiesto que hay razones para pensar que así es. Da igual que los cambios los lleven a cabo socialistas o populares; en la citada reforma del Código de junio de 2010 se elevó la penas en 33 tipos penales. Ante el aumento de la criminalidad y la corrupción constitutiva de delito se opta por agravar las penas, aunque en algún supuesto se rebajan. Especialmente se persigue una finalidad política: conseguir votos de los ciudadanos. En bastantes tipos penales del Proyecto se elevan, aunque a veces no es fácil precisar, ya que se modifica el texto del Código, se introducen apartados nuevos que contienen tipos agravados, incluso en algún artículo que se añade, o sólo afecta a uno de los supuestos que se contemplan en el artículo, no a todos; también en algunos casos, pocos, se rebajan las penas. No siempre hay voluntad de combatir la corrupción en general y la constitutiva de delito en particular, incluso a veces se aprueban normas o se formalizan acuerdos, a distinto nivel, que tienen efectos criminógenos, pues facilitan la corrupción y la criminalidad. En todo caso hay que tener en cuenta que la corrupción constitutiva de delito se da en muchos sectores de la sociedad. El legislador parece desconocer que el incremento de las penas tiene escaso o nulo efecto preventivo, pues lo normal es que quien comete un delito lo hace convencido de que no será descubierto. El endurecimiento de las penas no ha conseguido que disminuya la criminalidad, que sigue aumentando, con el consiguiente incremento de la población penitenciaria. Tampoco el endurecimiento de las penas garantiza una mayor seguridad. Si la pena está en función de la culpabilidad, no parece razonable que sin más argumentos se eleve la que en épocas pasadas tuvo un tratamiento más benigno. Las penas suelen fijarse en los tipos penales sin argumentos que racionalmente las justifiquen, de ahí que el legislador a veces las modifica sin dar ninguna explicación. Podemos preguntarnos: ¿Por qué el homicidio se castiga con una pena de prisión de diez a quince años y no con otra superior o inferior?. V.- Cambios que justifican dudas e inseguridad en el legislador.- Comparando los tres textos del Anteproyecto que se manejan en este trabajo, se contemplan

Tras su tramitación parlamentaria, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, fue sancionada, promulgada y publicada en el Boletín Oficial del Estado, número 77, de 31 de marzo de 2015 (Corrección de errores en Boletín Oficial del Estado, número 139, de 11 de junio de 2015), y cumplido el período de *vacatio legis* establecido por la Disposición final octava, entró en vigor el 1 de julio de 2015²⁶³.

La Disposición derogatoria única de esta Ley Orgánica en su apartado 1 dispone que “Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”. Esta derogación de las faltas no ha supuesto la destipificación de las

las múltiples dudas que tiene el legislador en la elaboración de los mismos, de lo que se desprende inseguridad. Por ser muchos los supuestos que se dan solamente me voy a ocupar de algunos. Que el legislador haya tenido dudas e inseguridad durante la tramitación de la reforma no quiere decir que el texto final del Proyecto necesariamente tenga que ser incompleto, pero un Anteproyecto mejor elaborado sin duda que hubiera ofrecido más garantías. El texto final contiene avances, pero también puntos criticables. 1.- Cuestiones generales. Son muy significativos los cambios que se producen entre los tres textos del Anteproyecto que se detallan al comienzo de este trabajo. El número de modificaciones que en el texto de julio de 2012 eran 146, pasan a 200 en el aprobado en octubre por el Consejo de Ministros y a 239 en el texto de abril de 2013. En el último texto se incorporan 11 artículos nuevos, se modifican 21 que no lo habían sido en el texto de octubre y se introducen nuevos cambios en 56 que ya se habían modificado. Se derogan dos más, se añaden dos capítulos, se modifican algunas secciones y capítulos y se suprime el Título XIX bis del Libro II. Se pasa a tratar algunas cuestiones puntuales sobre los cambios que se producen en la elaboración del Proyecto.... Nuestra legislación penal no es líquida, sino muy líquida. Ello se desprende no sólo de las reiteradas reformas, sino que a veces en un corto espacio de tiempo se vuelve a modificar lo ya reformado, incluso de forma reiterada, como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En estas formas de criminalidad, y en otras, el legislador es muy inseguro, haciendo a veces cambios solamente por la repercusión social que ha tenido un hecho puntual. Ello obedece, en parte, a la falta de estudios criminológicos y de otro tipo que incidan en la realidad social sobre la que se quiere legislar. También hay que recurrir a expertos en Dogmática, prácticos del Derecho penal e incluso penitenciarios. Los Anteproyectos han de presentarse muy elaborados, y no como ha ocurrido con el que comentamos, pues ello facilita que al final se pueda llegar a un buen Proyecto. Los que participen han de ser objetivos y ajenos a todo tipo de influencias, en especial las de tipo político, lo que no es fácil. Se han olvidado las competencias que en materia de legislación penal se recogen en el Decreto 225/1978, de 17 de febrero, que reorganiza la «Sección de Derecho Penal y Penitenciario de la Comisión General de Codificación». Esta se reunió por última vez en el año 1981. Hace más de siglo y medio que la legislación penal se elaboraba con más sosiego”. SERRANO GÓMEZ, A.: << El Proyecto de Ley de reforma del Código Penal y legislación líquida >> en *Diario La Ley*. Nº 8204, Sección Doctrina, 3 de diciembre de 2013. Editorial La Ley. Págs., 1-8.

²⁶³ Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (DIR.); MATA LLÍN EVANGELIO, A., Y GÓRRIZ ROYO, E. (COORDS.). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Penal comentado (Actualizado por las LO 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*. Ed. Atalier. Barcelona, 2015; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Ed. La Ley. Madrid, 2015; QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.): *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2015; MORILLAS CUEVA, L. (DIR.): *Estudios sobre el Código Penal Reformado. (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015; JAÉN VALLEJO, M., Y PERRINO PÉREZ, A.L.: *La Reforma Penal de 2015 (Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.

mismas sino la transformación de muchas de ellas en delitos leves. Es lo que ha sucedido con las faltas de alteración de términos o lindes y la distracción del curso de las aguas (derogado art. 624.1 y 2 CP). En consecuencia, el artículo ciento veintitrés y ciento veinticuatro de esta Ley Orgánica modifica la redacción de los artículos 246 y 247 del Código Penal al añadirles sendos apartados segundos donde se regula el tipo privilegiado (la antigua falta) “si la utilidad reportada no excede de 400 euros”. Lo anterior tendría toda su lógica jurídica si no fuera porque por error del legislador, desde esta Ley Orgánica tanto el tipo básico como el atenuado han terminado siendo delitos leves con independencia del límite cuantitativo de 400 €²⁶⁴.

Esta Ley Orgánica, sin modificar la redacción del artículo 245.2 del Código Penal, la cual ha permanecido invariable desde su promulgación, ha incidido indirectamente en el mismo al transmutar su condición de delito menos grave a leve. La pena de tres a seis meses de multa con la que se sanciona esta conducta ha dejado de ser una pena menos grave para pasar a ser una pena leve, con la inevitable consecuencia de producir en la ocupación pacífica de bienes inmuebles (y en otros delitos) una *degradación sobrevenida de delito menos grave a delito leve*. Y ello, porque se tiene por leve, el delito cuya pena arranque del ámbito leve (art. 13.4 CP), aunque su extensión se dilate por el tracto asignado a su modalidad menos grave en el art. 33.3 del Código Penal²⁶⁵.

²⁶⁴ Ciento veintitrés.- “Se modifica el artículo 246, que queda redactado como sigue: “1.- El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses. 2.- Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses””. Ciento veinticuatro.- “Se modifica el artículo 247, que queda redactado como sigue: “1.- El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2.- Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses””. Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31/03/2015. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Pág. 27128.

²⁶⁵ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Pág., 6; OBSERVATORIO DE LA JUSTICIA Y DE LOS ABOGADOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID: Asistencia Letrada al detenido en delitos leves: Preceptividad de nombrar Letrado a la luz de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Área Procesal Penal. Madrid, a 9 de octubre de 2015. Págs., 3-4 y 7. Vid., GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Secuelas “colaterales” no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal >> en *Diario La Ley*. Nº 8553, Sección Tribuna, 3 de Junio de 2015, Año XXXVI. Ref. D-222. Ed. La Ley. Pág. 3.

Así, lo que acredita la levedad de la infracción es el *umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo*, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el art. 33.4 CP, el delito es leve aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el art. 33.3 CP a su modalidad menos grave.

“En este caso se encuentran, sorprendentemente, varios delitos cuya penalidad no ha experimentado variación en la LO 1/2015, pero que por tener asignada una pena de multa que parte de una duración de tres meses, han mutado su naturaleza como consecuencia de la proyección incondicional que adquiere el nuevo art. 33.4, g) CP en su calidad de precepto de la Parte General; dicho artículo dice: *"Son penas leves... g) La multa de hasta tres meses"*. Complementariamente, el art. 33.3, j) CP, dice: *"Son penas menos graves... j) La multa de más de tres meses"*... [En esta situación se encuentra]... La ocupación sin autorización de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular (art. 245.2 CP), sancionado con pena de multa de 3 a 6 meses”²⁶⁶. Y todo ello porque *“cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”* (art. 13.4 CP).

La degradación a delito leve (de ésta y de otras figuras delictivas) es involuntaria; un error del legislador. Así lo hace pensar la pérdida de virtualidad diferenciadora de la naturaleza del delito que el límite cuantitativo de los 400 € tenía con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015 en numerosos delitos patrimoniales. La diferencia entre el delito y la falta radicaba en el valor del objeto material (superior o inferior a 400 €). En la actualidad son delitos leves tanto el tipo básico como el atenuado con independencia de ese límite cuantitativo de 400 € en el delito de sustracción de cosa propia (art. 236. 1 y 2 CP), la alteración de términos y lindes (art. 246.1 y 2 CP), la distracción de aguas (art. 247.1 y 2 CP), la apropiación indebida de cosa mueble ajena (art. 254.1 y 2 CP), la defraudación de energía, fluido y

²⁶⁶ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Págs., 6-7.

telecomunicaciones (art 255.1 y 2 CP), el uso inconsentido de un terminal de telecomunicaciones ajeno (art. 256.1 y 2 CP); lo que supone un absurdo jurídico²⁶⁷.

2.2.11.- INTENTOS DE DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL

Izquierda Unida y otros partidos políticos de ámbito autonómico han intentado modificar el “proceso represivo contra la okupación”, del cual inicialmente participaron con la aprobación del Código Penal de 1995, mediante la presentación de proposiciones de ley instando la despenalización de la okupación. Dichos intentos han sido rechazados por el Parlamento español, aunque contaron con el apoyo de BNG, PNV, EA y ERC²⁶⁸.

²⁶⁷ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Págs., 7-8. Dispone el artículo 236 del Código Penal: “1.- Será castigado con multa de tres a doce meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero. 2.- Si el valor de la cosa sustraída no excediera de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”. La modalidad usurpatoria del artículo 246: “1.- El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses. 2.- Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”. Y la del 247: “1.- El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2.- Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”. Establece el artículo 254: “1.- Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años. 2.- Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses”. La defraudación de fluido eléctrico y análogos del artículo 255: “1.- Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes: 1º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación. 2º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores. 3º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos. 2.- Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”. Por último, el artículo 256: “1.- El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, y causando a éste un perjuicio económico, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2.- Si la cuantía del perjuicio causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

²⁶⁸ ASENS LLODRÁ, J.: << La represión al “movimiento de las okupaciones”: Del aparato policial a los mass media >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Págs., 298-299; GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >> en *Creadores de Democracia radical. Movimientos sociales y redes de políticas públicas*. IBARRA, P., MARTÍ, S., Y GOMÁ, R. (COORDS.). Ed. Icaria, 1ª edición. Barcelona, 2002. Págs., 206-207.

A) Propositiones de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso (VI y VII Legislatura)

En la VI Legislatura (1996-2000) se presentaron por el Grupo de Izquierda Unida y el Grupo Mixto, con tan solo un día de diferencia, dos Propositiones de Ley de reforma del Código Penal. Con idéntica finalidad de dejar sin contenido el apartado 2 del artículo 245 del referido cuerpo legal, una vez admitidas a trámite por la Mesa del Congreso de los Diputados, el debate de toma en consideración de ambas Proposición de Ley se realizó conjuntamente, y el resultado de ambas fue idéntico, quedaron rechazadas. De nuevo el Grupo Mixto, en la VII Legislatura (2000-2004) presentó dos nuevas Propositiones de Ley de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de despenalización de la ocupación pacífica de inmuebles (Iniciativa Per Catalunya-Verds y ERC). Estas iniciativas caducaron como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales.

a) Grupo Parlamentario Federal de IU (VI Legislatura)

El 4 de febrero de 1998, Pablo Castellano Cardalliaguet, Diputado del Grupo Parlamentario Federal IU, y Rosa Aguilar Rivero, Portavoz del Grupo Parlamentario Federal IU, en nombre del mismo se dirigieron a la Mesa del Congreso de los Diputados para, al amparo de lo establecido en el artículo 124 y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados, presentar Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal. La Mesa de la Cámara, en su reunión del día 10 de febrero de 1998, adoptó el acuerdo de admitir a trámite, trasladar al Gobierno a los efectos del artículo 126 del Reglamento, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y notificar al autor de la iniciativa. En ejecución de dicho acuerdo se ordenó la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara, que tuvo lugar en Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de febrero de 1998 (serie B, 152-1). Se propone que el apartado 2 del artículo 245 de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, quede sin contenido²⁶⁹.

²⁶⁹ Según su Exposición de Motivos, “La denominada "ocupación" es un fenómeno social nacido de la dificultad de acceso a la vivienda y a lugares donde los colectivos sociales puedan desarrollar sus actividades. Al Estado no le corresponde punir esas conductas mediante políticas meramente represivas, sino desarrollar políticas creadoras de las condiciones sociales que eviten la realización de actos de "ocupación". Por otro lado, con arreglo a la tradición jurídica española y a las leyes sobre propiedad y

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 29 de septiembre de 1998, debatió la toma en consideración de la Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (núm. expte. 122/000133), publicada en BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 152-1, de 13 de febrero de 1998; la cual resultó rechazada, por 25 votos a favor y 281 en contra.

*b) Partido Democrático de la Nueva Izquierda, e Iniciativa-Els Verds.
Grupo Mixto (VI Legislatura)*

Un día después que el Grupo Parlamentario Federal de IU, el 5 de febrero de 1998, el Grupo Mixto, a instancia de la Diputada Cristina Almeida Castro (Partido Democrático de la Nueva Izquierda) y del Diputado Joan Saura Laporta (Iniciativa-Els Verds), en nombre del mismo se dirigieron a la Mesa del Congreso de los Diputados para, al amparo de lo establecido en el artículo 124 y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados, presentar Proposición de Ley Orgánica para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada. La Mesa de la Cámara, en su reunión del día 10 de febrero de 1998, adoptó el acuerdo de admitir a trámite, trasladar al Gobierno a los efectos del artículo 126 del Reglamento, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y notificar al autor de la iniciativa. En ejecución de dicho acuerdo se ordenó la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara, que tuvo lugar en Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de febrero de 1998 (serie B, 154-1). Se propone que el apartado 2 del artículo 245 de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, quede sin

posesión, son los particulares afectados quienes deben hacer valer sus derechos para recobrar la posesión de los inmuebles, ya que nuestra legislación civil ofrece los mecanismos necesarios para defender estos derechos sin tener que recurrirse a su tipificación penal. En ningún caso el Estado debe proceder a criminalizar conductas, que tienen meros efectos civiles y que pueden ser resueltos por esta vía. Lo contrario, sería realizar una política extensiva de la tipificación penal, cuando el derecho penal es un derecho restrictivo y limitado, de carácter excepcional y debe ser usado como un instrumento bajo un estricto control y medida, y amparado en el criterio fundamental de equidad que a todas luces se quiebra tipificando y penalizando una conducta que no tiene relevancia criminal sino civil". *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B. Proposiciones de Ley, 13 de febrero de 1998. Núm. 152-1. Págs., 1-2.

contenido, y que los Jueces y Tribunales procedan a revisar de oficio las sentencias condenatorias dictadas en aplicación del tipo penal que esta Ley suprime²⁷⁰.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 29 de septiembre de 1998, debatió la toma en consideración de la Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Mixto para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada (núm. expte. 122/000135), publicada en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, número 154-1, de 13 de febrero de 1998; la cual resultó rechazada por 27 votos a favor, 270 en contra y dos abstenciones.

El debate de toma en consideración de la Proposición de Ley del Grupo Mixto y del Grupo de Izquierda Unida se realizó conjuntamente²⁷¹.

²⁷⁰ Según su Exposición de Motivos, “El principio de intervención mínima del Derecho penal exige que la condena penal de determinadas conductas se aplique exclusivamente a las acciones u omisiones merecedoras del mayor reproche social del que es capaz un Estado de Derecho. El Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, como norma penal máxima del Estado democrático, debería haber seguido escrupulosamente este principio. Sin embargo, junto a indudables avances en esta dirección, también adolece de haber incluido nuevas figuras delictivas que contrastan con la aplicación del referido principio. En el caso que ocupa a la presente Ley, la penalización de la ocupación de inmuebles, aunque no constituyan morada, el bien jurídico que el Código ha pretendido proteger no es el domicilio o la vivienda del propietario, como pueda equivocadamente pensarse, sino exclusivamente la propiedad privada, que, en todo caso, como señala precisamente el texto constitucional, está sujeta a la función social que delimite su contenido de acuerdo con las leyes. Por el contrario, el derecho a una vivienda digna y adecuada, también de relevancia constitucional, no ha tenido la necesaria promoción por los poderes públicos, mediante el establecimiento de normas y condiciones que hicieran posible la efectividad de este derecho. La consecuencia práctica de todo lo anterior, es que paradójicamente, en una sociedad donde el acceso a una vivienda digna ha dejado de ser un derecho para convertirse en una aspiración, en muchos casos, ilusoria, las conductas de quienes, sin violencia ni intimidación, ocupan pacíficamente un inmueble, aunque no constituya morada ajena, han pasado a recibir por aplicación del ordenamiento jurídico, un tratamiento penal que no se corresponde con el reproche que la sociedad dirige a estas acciones. Por todo ello, se formula la presente Proposición de Ley para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie B. Proposiciones de Ley, 13 de febrero de 1998. Núm. 154-1. Págs., 1-2.

²⁷¹ “Ambas iniciativas, justificándose en el principio de intervención mínima del Derecho penal, pretendían despenalizar este delito, y para ello derogaban el apartado 2º del artículo 245 CP, relativo a la ocupación de bien inmueble ajeno que no constituya morada, sin la autorización debida y sin violencia ni intimidación. Sin embargo, no tuvieron éxito y fueron ambas rechazadas el 29 de septiembre de 1998”. ROCA AGAPITO, L.: << La evolución legal del Derecho Penal español en los últimos cuatro años >> en *Repertorio de Jurisprudencia*. Nº 33/2000 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2000. BIB 2000\1587. Pág., 36. “El señor Presidente: Proposiciones de ley que se debatirán conjuntamente, del Grupo Mixto y del Grupo de Izquierda Unida. La del Grupo Mixto reza así: para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada, y la del de Izquierda Unida es de modificación de la Ley Orgánica del Código Penal en relación a la misma materia. Ambas se postulan con naturaleza orgánica. Por el *Grupo Parlamentario Mixto*, para la presentación de la proposición, tiene la palabra don Joan Saura... El señor Saura Laporta:... En nombre de los diputados y diputadas de Nueva Izquierda-Iniciativa per Catalunya, voy a presentar la proposición de ley de despenalización de la ocupación... tiene un artículo y una disposición transitoria, el artículo que deroga el apartado 2 del artículo 245 del Código Penal y una disposición transitoria que insta a que jueces y tribunales de oficio revisen las sentencias... Las raíces de la ocupación hay que buscarlas en la falta de acceso a la vivienda y

en el número importante de inmuebles abandonados que no cumplen función social. A partir de aquí... hay una serie de principios del apartado 2, artículo 245, que penaliza la ocupación, que vulneran principios que informa el derecho penal. En primer lugar, existe lo que se llama el principio de intervención penal mínima; es decir, la función del derecho en relación a la propiedad privada viene modulada en la Constitución por la función social de la propiedad privada. Cuando planteamos la despenalización de la ocupación no pretendemos la legalización de la ocupación; estamos diciendo que hay otros mecanismos, vía derecho civil, para proteger la propiedad privada, pero que en ningún caso la ocupación de inmuebles abandonados puede tener la sanción en el Código Penal. La segunda razón es la de última ratio... el derecho civil permite proteger y rescatar la propiedad privada... lo que el Estado ha de hacer y no hace, como el conjunto de las Administraciones públicas, es desarrollar una política de promoción pública de viviendas. El tercer principio sería el de proporcionalidad. Estamos ante un choque de dos derechos: el de propiedad y el de vivienda digna, y lo que en estos momentos ocurre es que, a pesar de que estamos en una sociedad en la que la Constitución reconoce el derecho a la vivienda, eso hoy en el Estado español es una mera ilusión. No se cumple un derecho constitucional, pero al mismo tiempo se utiliza el peor elemento de sanción, que es la aplicación del Código Penal... Corresponde ahora al *Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida* presentar su proposición de ley y lo hará a través del señor Castellano Cardalliaguet. El señor Castellano Cardalliaguet:... En acumulación con la proposición de ley que ha sido previamente defendida, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida que tenía introducida esta iniciativa legislativa ha aprovechado la circunstancia de que por turno hubiera de tratarse la precedente para que también sea debatida la nuestra que tiende a la misma finalidad: ni más ni menos que la desaparición del Código Penal del supuesto 2 en el artículo 245... Estamos hablando de edificios que no constituyan morada... no existe la menor violencia... no hay la menor intención de privar de la propiedad a ninguno de los que sean titulares... No estamos ante ninguna manipulación que tienda a desvirtuar la seguridad jurídica que nace del registro de la propiedad... no hay ningún atentado a un hecho tan elemental como es el derecho posesorio, el derecho de posesión... Estamos hablando sencillamente de edificios abandonados que son objeto de ocupación, bien sean con un carácter individual o colectivo, sin el menor ánimo de lucro y, en consecuencia, sin producir ningún perjuicio o cesación del lucro del legítimo propietario; sin ningún ánimo de apropiación; sin ningún ánimo de vulneración del título de propiedad... estamos ante una situación que llamaríamos *ad ludendi causam*, porque en la mayoría de los supuestos... detrás de ello hay una especie de ánimo lúdico en la utilización de fábricas y edificios abandonados; es más, cuando no, se produce una ocupación cuya finalidad no es ni siquiera quedarse dentro del edificio, sino para hacer lo que se llama un acto de protesta-denuncia... Medidas hay en nuestra legislación civil para poder, en un momento determinado, combatir estas conductas si, efectivamente, empezaran a causar daño, perjuicio económico y quedara constancia de que no tienen la autorización del dueño y éste está viendo limitados derechos esenciales... La mayoría de los supuestos que yo conozco (que repito no están contemplados en este artículo) no son, ni siquiera, la entrada en un piso desocupado para en él encontrar puramente techo y protección, suelen tener otro carácter; suelen tener el carácter de denuncia, de deseo lúdico, de insatisfacción ante la falta de otra clase de instalaciones. *En suma, suelen tener la intencionalidad de la creación de un ambiente para la propia marginalidad...* pero esto también se resolvía antes con algo tan elemental como los reglamentos policiales... puede ocurrir que la resistencia al abandono del inmueble además lleve un desacato al mandato judicial de una desobediencia y pueda dar lugar a otra clase de delitos, estudiémoslo, pero de verdad, objetivamente, no dejemos configurada como delito una conducta que no tiene absolutamente la menor peligrosidad... De verdad, cualquiera que se asome al Código Penal y vea que el hecho de que una vivienda abandonada o una fábrica abandonada, en estado de permanente deterioro, cuando no todo el inmueble, sea objeto de ocupación ocasional, pero se abandona al primer requerimiento, y que eso puede constituir delito, se llevará las manos a la cabeza, dirá sencillamente que es una forma cómoda de sustituir con la represión la falta de instrucción, la falta de educación, la falta de asistencia y todo aquello a lo que los jóvenes... tienen derecho... Por el *Grupo de Coalición Canaria*, tiene la palabra el señor Mardones. El señor Mardones Sevilla:... Mi grupo va a votar en contra de la toma en consideración de estas dos iniciativas de proposiciones de ley... ¿Por qué decimos esto?... me guía nada más que un principio de protección de un bien jurídico... se dan dos circunstancias que se escribieron muy detenidamente en el Código Penal vigente, en su artículo 245, que es exigir dos condiciones para que se entrase en el delito... Es, en primer lugar, que se ocupe sin autorización debida del legítimo propietario, porque estamos hablando de un Estado de derecho donde hay legales y, por tanto, legítimos propietarios. Y, en segundo lugar... que, produciéndose la ocupación, aunque no tuvieran autorización debida del legítimo propietario, se mantuvieran en ellos contra la voluntad de su titular... *si queremos transformar por esta vía [la okupación] en un derecho real lo que el artículo 47 de la Constitución Española considera como un derecho formal —el disfrute de una vivienda digna para todos los españoles y los poderes públicos*

*comprometidos en solucionarlo—, esto conculca el principio de seguridad jurídica recogido en el título XIII que garantiza el mantenimiento del orden socioeconómico no solamente de la propiedad privada o de la vivienda. Sería como trasladarlo a la calle y decir que en los barrios donde hay delincuencia o droga, como no hay policía a todas horas, tendríamos que despenalizar la formación de somatenes, de pelotones o de piquetes de ciudadanos que salen por la noche a mantener el orden público. Ese orden público, porque no haya policía en ese momento, no se puede transferir a piquetes urbanos en defensa de sus derechos, ya que entonces estaríamos dándole una vuelta al Estado de derecho, que se transformaría en un Estado donde los principios de seguridad jurídica no estarían garantizados por los poderes correspondientes, tanto el judicial como el gubernativo... entendemos que debe seguir manteniéndose al menos como figura disuasoria en el Código Penal vigente... porque es también una disuasión para que ese fenómeno no vaya a más. Porque... ir a más es transformar, por la vía de la conculcación del principio de seguridad jurídica, un derecho formal de la Constitución en un derecho real por una vía totalmente inaceptable en un Estado ordenado de derecho... Por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), tiene la palabra la señora Uría. La señora Uría Echevarría:... aunque votaremos ambas, estamos más cerca de lo que se expresa en la iniciativa del Grupo Federal de Izquierda Unida... Se habla de exceso de presión penal. Se ha incluido dentro de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico cuando no se pretende suplantar al propietario, sino simplemente obtener un provecho o ventaja, aunque se ha pretendido en nuestro caso intentar encontrar un paralelo con lo previsto en el Código alemán, concretamente en el artículo 123. Pero en ese caso la descripción es mucho más rigurosa, el bien jurídico protegido es el orden público y, sobre todo, se trata de un delito que es sólo perseguible a instancia de parte... Se encuentra, ciertamente, en los límites del derecho a la vivienda... Desde luego, no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos. No creemos que haya un título válido para la ocupación, pero la protección penal nos parece excesiva. Creemos que el precepto infringe el principio jurídico penal de intervención mínima. Para resolver los supuestos de que se trata, bastaría una vía civil de interdicto de recobrar la posesión o las acciones previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos... Por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), tiene la palabra el señor Silva. El señor Silva Sánchez:... el voto del Grupo Parlamentario Catalán será contrario por una triple coherencia... una coherencia histórica... salvo la abstención del Grupo Parlamentario Popular, el resto de grupos votó a favor del título XIII del Libro II del Código Penal. En segundo lugar, porque también hace referencia a una coherencia sistemática. Justo antes de la ocupación de estos edificios o de estos inmuebles, el Código Penal recoge el hurto de uso de automóviles en el artículo 244. Yo les preguntaría a SS.SS. *qué tiene una motocicleta o un automóvil que no tenga un inmueble, que no tenga una edificación, para otorgarle mayor protección*, porque para eso ya está el plan Prever... Por otro lado... si echamos un vistazo al derecho comparado, nos encontramos con que algunos Estados no tienen esta tipificación, concretamente Francia e Inglaterra. Pero de una manera o de otra, insisto en ello porque en algunos casos está más vinculado a un delito de daños, tanto en Alemania, como Bélgica, Holanda o Dinamarca... *No desconocemos los valores de movilización cultural, de denuncia social, que se producen en el ámbito de estas ocupaciones*, pero, sobre la base que señalaba antes de la coherencia histórica, de la sistemática del Código Penal, del examen del derecho comparado y de la aplicación que, gracias a Dios, están haciendo de este tipo penal nuestros tribunales, entendemos que, en estos momentos, la modificación legislativa no es necesaria. Por tanto, procederemos a votar en contra... Por el Grupo Parlamentario Socialista, tiene la palabra el señor Cuesta. El señor Cuesta Martínez:... quiero expresar, en primer lugar, la coincidencia con la preocupación por el problema de fondo que subyace tras las proposiciones de ley que vamos a debatir... La pregunta que yo quisiera plantear es la siguiente. *La insuficiencia de las administraciones públicas, la insuficiencia de las políticas del Gobierno central o de algunos ayuntamientos, ¿deben corregirse a través de una disminución del nivel de protección jurídica del derecho a la propiedad del ciudadano? Yo creo que no, que deben corregirse con medidas políticas, con acciones que potencien políticas activas en materia de vivienda*. Al lado del artículo 47, en nuestra Constitución está el artículo 33, que regula el derecho a la propiedad. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. Se habla, es cierto, de la función social de la propiedad, y el propio artículo 33.3 establece la delimitación de ese concepto de función social de la propiedad a través exclusivamente de la intervención de los poderes públicos. ¿Quién está legitimado para limitar el derecho a la propiedad, que debe gozar de protección porque así lo reconoce la Constitución? Los poderes públicos, no la iniciativa privada. Por tanto, *en esa colisión entre derecho de propiedad y derecho de una vivienda digna, no puede producirse un menoscabo en la defensa de la protección jurídica del derecho a la propiedad...no está reprimiendo con el Código Penal un fenómeno de pura denuncia o manifestación, no... con este tipo delictivo lo que se hace es proteger un derecho fundamental... este tipo, tal como está recogido, no es un avance de la teoría del terror penal, sino la protección de un derecho constitucional...* entendemos que no se debe hacer recaer la llamada función social de la propiedad, que no se deben hacer recaer las omisiones de los poderes*

públicos en la desprotección o en la frustración del derecho de la vivienda, no se puede hacer recaer esa realidad en una desprotección del derecho de propiedad, en una desprotección del ciudadano que en un momento determinado tenga un inmueble que no sea morada y, por tanto, por esta razón sea o deba ser merecedor de una desprotección que nosotros creemos que no está justificada... Una cosa es poner en circulación mediante incentivos el inmenso parque de viviendas desocupadas... y otra cosa es la despenalización o la desprotección de un derecho fundamental, cual es el que regula el artículo 33 de nuestra Constitución... Por el *Grupo Parlamentario Popular*, tiene la palabra el señor Murcia Barceló. El señor Murcia Barceló:... no podemos estar de acuerdo con el grupo proponente cuando considera que la ocupación es un fenómeno social nacido de la dificultad de acceso a la vivienda. Creo que es necesario analizar, aun cuando sea someramente, este fenómeno y hacer algunas matizaciones al respecto. *La existencia del movimiento okupa tiene causas multidimensionales. Téngase en cuenta que este movimiento gusta de definirse como contracultural, antisistema, alternativo y contrario al orden establecido, y sólo una parte de su motivación, sin ser esta la principal, obedece a la carencia real de viviendas, por lo que la solución al problema sólo puede ser mediante acciones de integración multidimensionales y no exclusivamente mediante actuaciones en materia de vivienda...* pese a la existencia reconocida de ciertas dificultades de acceso a la vivienda... no deben ni pueden solucionarse creando un potencial y nuevo problema global de enfrentamiento social, lo que podría ocurrir si se remite a la sociedad, como sugiere la iniciativa, su solución. Es a los poderes públicos a quien corresponde, cuando hay algún problema social, analizarlo y diseñar las soluciones oportunas... La Constitución... en ningún caso recoge derechos a acceder a lugares donde los colectivos puedan desarrollar sus actividades sin prestación económica y sin que pueda ser oponible al derecho que reconoce la propiedad privada... *en la tramitación del Código Penal ningún grupo cuestionó la tipificación penal del actual artículo 245.2*, por lo que nos resulta muy extraño que se plantee la actual proposición de ley favorable a la despenalización, cuando en el debate sobre la reforma del Código Penal, recientemente celebrada, en ningún momento se manifestó la posición favorable de las formaciones políticas que hoy proponen la desaparición de dicho punto 2 del artículo 245... la introducción en el Código Penal del ya citado artículo, en su punto 2, fue una novedad... *para afrontar, según nuestra opinión, la contradicción existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, que necesitaba de la regulación de los delitos contra el orden socioeconómico.* Entiendo que en los grupos proponentes parece subyacer la concepción más tradicional de la pena entendiéndola como función de retribución exigida por la justicia. *La pena, en nuestra opinión, hoy no se justifica como mera respuesta retributiva frente al delito ya cometido, sino también como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros con una función psicológica inhibitoria de las tendencias a delinquir y como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, siempre dentro de la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena. Todo lo dicho, señorías, unido a la levedad de las sanciones previstas, a las dificultades para el desalojo de los inmuebles así ocupados y a la frecuente comisión de estos hechos en los últimos años, fue lo que motivó la creación del artículo 245.2* y lo que nos aconseja, junto con otras razones anteriormente expuestas, a estar en contra de las proposiciones de ley planteadas... la consideración de la ocupación como ilícito penal tampoco es exclusiva de nuestro Estado, sino que *países del entorno europeo, con tremenda tradición en el movimiento okupa, contienen en sus leyes la tipificación penal de la ocupación; en concreto, podemos citar Alemania, Dinamarca, así como, de una u otra forma, Holanda o Bélgica...* la solución a los problemas de acceso a la vivienda, especialmente en el sector joven y urbano, deben abordarse y solucionarse por los poderes y administraciones públicas mediante la adopción de medidas de política fiscal y ayudas directas y, por supuesto, sin olvidar mecanismos y estrategias que permitan el diálogo y la negociación con los diversos movimientos sociales implicados que acepten tal diálogo, pero en ningún caso creemos que la solución pase por la despenalización de la ocupación, artículo 245.2 de nuestro Código Penal... Terminado el debate, vamos a pasar a la votación de la toma en consideración de estas dos proposiciones de ley... El señor Presidente: Señorías, vamos a proceder a las votaciones de las proposiciones de ley que han presentado el Grupo Parlamentario Mixto y el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, ambas para la despenalización de la ocupación de inmuebles. Votamos, en primer lugar, la proposición del Grupo Parlamentario Mixto... Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 299; a favor, 27; en contra, 270; abstenciones, dos. El señor Presidente: Queda rechazada la toma en consideración. Votación de la proposición del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida... Efectuada la votación, dio el siguiente resultado: votos emitidos, 306; a favor, 25; en contra, 281. El señor Presidente: Queda también rechazada". *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1998. VI Legislatura. Núm., 182. Págs., 9763-9773.*

c) Iniciativa Per Catalunya-Verds. Grupo Mixto (VII Legislatura)

El 31 de mayo de 2000, el Grupo Mixto a instancia del Diputado Joan Saura Laporta (Iniciativa Per Catalunya-Verds) y Francisco Rodríguez Sánchez, Portavoz del Grupo Parlamentario Mixto, en nombre del mismo se dirigieron a la Mesa del Congreso de los Diputados para, al amparo de lo establecido en el artículo 124 y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados, presentar Proposición de Ley Orgánica para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada. La Mesa de la Cámara, en su reunión del día 6 de junio de 2000, adoptó el acuerdo de admitir a trámite, trasladar al Gobierno a los efectos del artículo 126 del Reglamento, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y notificar al autor de la iniciativa. En ejecución de dicho acuerdo se ordenó la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara, que tuvo lugar en Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de junio de 2000 (serie B, 73-1). Se propone que el apartado 2 del artículo 245 de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, quede sin contenido y que los Jueces y Tribunales proceden a revisar de oficio las sentencias condenatorias dictadas en aplicación del tipo penal que esta Ley suprime²⁷².

²⁷² Según su Exposición de Motivos, “El principio de intervención mínima del Derecho Penal exige que la condena penal de determinadas conductas se aplique exclusivamente a las acciones u omisiones merecedoras del mayor reproche social del que es capaz un Estado de Derecho. El Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, como norma penal máxima del Estado democrático, debería haber seguido escrupulosamente este principio. Sin embargo, junto a indudables avances en esta dirección, también adolece de haber incluido nuevas figuras delictivas que contrastan con la aplicación del referido principio. En el caso que ocupa a la presente Ley, la penalización de la ocupación de inmuebles, aunque no constituyan morada, el bien jurídico que el Código ha pretendido proteger no es el domicilio o la vivienda del propietario, como pueda equivocadamente pensarse, sino exclusivamente la propiedad privada, que, en todo caso, como señala precisamente el texto constitucional, está sujeta a la función social que delimite su contenido de acuerdo con las leyes. Por el contrario, el derecho a una vivienda digna y adecuada, también de relevancia constitucional, no ha tenido la necesaria promoción por los poderes públicos, mediante el establecimiento de normas y condiciones que hicieran posible la efectividad de este derecho. La consecuencia práctica de todo lo anterior es que, paradójicamente, en una sociedad donde el acceso a una vivienda digna ha dejado de ser un derecho para convertirse en una aspiración, en muchos casos ilusoria, las conductas de quienes, sin violencia ni intimidación, ocupan pacíficamente un inmueble, aunque no constituya morada ajena, han pasado a recibir, por aplicación del ordenamiento jurídico, un tratamiento penal que no se corresponde con el reproche que la sociedad dirige a estas acciones. Por todo ello, se formula la presente Proposición de Ley para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B. Proposiciones de Ley, 9 de junio de 2000. Núm. 73-1. Págs., 1-2.

Esta iniciativa caducó en aplicación del artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados, como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales²⁷³.

d) Esquerra Republicana de Catalunya. Grupo Mixto (VII Legislatura)

El 15 de noviembre de 2001, Joan Puigcercós i Boixassa, Diputado de Esquerra Republicana de Catalunya, integrado en el Grupo Parlamentario Mixto, se dirigió a la Mesa del Congreso de los Diputados para, al amparo de lo establecido en el artículo 124 y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados, presentar Proposición de Ley de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de despenalización de la ocupación pacífica de inmuebles. La Mesa de la Cámara, en su reunión del día 19 de noviembre de 2001, adoptó el acuerdo de admitir a trámite, trasladar al Gobierno a los efectos del artículo 126 del Reglamento, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y notificar al autor de la iniciativa. En ejecución de dicho acuerdo se ordenó la publicación de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara, que tuvo lugar en Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de noviembre de 2001 (serie B, 174-1). Se propone que el apartado 2 del artículo 245 de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, quede suprimido²⁷⁴.

²⁷³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie D: General. 17 de febrero de 2004. Núm. 662. Pág., 7.

²⁷⁴ Según su Exposición de Motivos, “El Capítulo V del Título XIII del Código Penal recoge hasta cuatro figuras delictivas distintas que reciben el nombre de usurpación, entre las cuales figura la del artículo 245.1, referida a la ocupación de un inmueble o a la usurpación de un derecho real inmobiliario con violencia o intimidación. De acuerdo con el artículo 245.1, sólo es punible como usurpación la ocupación de inmuebles realizada con violencia o intimidación en las personas. Por lo tanto, las ocupaciones pacíficas quedan fuera de este precepto. Sin embargo, el apartado segundo del mismo artículo ha introducido en el nuevo Código Penal el delito de ocupación pacífica, sin la autorización debida, de un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya un hogar o un domicilio, o el permanecer en su interior en contra de la voluntad de su titular. En la regulación anterior este hecho no estaba tipificado expresamente, y difícilmente era reconducible a otros tipos delictivos como las coacciones o amenazas, ya que, por definición, si la ocupación es pacífica faltan estos elementos, o el allanamiento de morada, porque precisamente se parte de que los inmuebles ocupados no lo son (edificios deshabitados, fincas, etc.). El legislador ha querido cubrir esta laguna tipificando expresamente el supuesto de la ocupación como tal (a la que se equipara el permanecer ilícitamente en el inmueble cuando se ha entrado correctamente en él, sin tipo penal alternativo), sin tener en cuenta que ya por la vía de los interdictos y de la aplicación de la legislación en materia de arriendos urbanos se ofrecen a los titulares de los inmuebles ocupados medios suficientes para acabar con la ocupación y que, en principio, la solución a este problema ha de situarse en esta vía, sin necesidad de recurrir al derecho penal, rama del derecho en la que, además, impera el principio de fragmentariedad o de intervención mínima. Un estudio elaborado por la Dirección General de Seguridad Ciudadana del Departament de Governació de la Generalitat de Catalunya ha hecho pública la gran presencia que en estos momentos tiene el movimiento okupa en Catalunya, una presencia que se refleja casi a diario en las noticias que aparecen en los medios de comunicación. No obstante,

Esta iniciativa, al igual que la anterior, caducó en aplicación del artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados, como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales²⁷⁵.

B) Despenalización de facto

“En el sistema judicial, el delito de usurpación se acerca a lo que algunos juristas consideran una *despenalización de facto*. Esto no quiere decir que no existan condenas por este hecho, pero son las menos”²⁷⁶.

a) Operadores jurídicos en favor del movimiento okupa

Diversos operadores jurídicos se han movilizado activamente en contra de la penalización, elaborando un “discurso antirrepresivo” del movimiento ante la opinión pública. Cabe destacar el Informe denominado “Análisis socio-jurídico sobre la necesidad de derogar el artículo 245.2 del Código Penal”, elaborado por la Comisión de Defensa de los Derechos de las Personas del Colegio de Abogados de Barcelona tras organizar un grupo de trabajo específico sobre la okupación donde participaron jueces y

dicho movimiento ha tenido históricamente una presencia en Catalunya, vinculada a los movimientos que de forma análoga nacían y se desarrollaban en el resto de Estados europeos. No es ningún secreto que detrás de este movimiento, que también se manifiesta con fuerza en otros puntos del Estado español, hay reivindicaciones de derechos sociales y económicos, como el derecho a una vivienda digna, que trasladan a los poderes públicos la necesidad de adoptar políticas que garanticen este derecho social y económico que debe orientar e informar la actuación de cualquier gobierno en un Estado social. Además, la ocupación no puede ser entendida como un problema que merezca una respuesta jurídico-penal, sino que responde a condicionantes superiores, provocados por la situación social y económica en que se encuentra una parte muy importante de nuestra juventud, centrada en la dificultad de los jóvenes y las jóvenes para emanciparse y acceder a una vivienda y en las dificultades para encontrar espacios donde desarrollar sus actividades cívicas y culturales. Esta situación, evidentemente, se vincula de forma estricta a las dificultades de los jóvenes y las jóvenes para acceder al mercado de trabajo. Por todos estos motivos se presenta la siguiente Proposición de Ley. El artículo 245 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, quedará redactado de la siguiente manera: Queda suprimido el apartado segundo del artículo 245: "El que ocupara, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses". *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B. Propositiones de Ley, 23 de noviembre de 2001. Núm. 174-1. Págs., 1-2.

²⁷⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie D: General. 17 de febrero de 2004. Núm. 662. Pág., 8.

²⁷⁶ GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Pág., 205.

profesores universitarios, y que finalizó, tras ocho meses de estudio, en unas jornadas de debate jurídico y la presentación pública, en febrero de 1998, del referido Informe. Este informe no fue asumido por la Junta que preside el Colegio. En términos similares se han pronunciado algunas asociaciones de abogados como ALA (Asociación Libre de Abogados) en Madrid, o ACDDH (Asociación Catalana Para la Defensa de los Derechos Humanos) en Barcelona. En palabras de ASENS LLODRÁ, se trata de una “auténtica red de profesionales de la justicia, especializada en la defensa legal de la protesta”, que abrirá un constante campo de batalla en el escenario judicial²⁷⁷.

Pese a que el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (art. 1 del EOMF); ejerce su misión con sujeción, en todo caso, al *principio de legalidad* (art. 2 del EOMF); y que para el cumplimiento de tales misiones le corresponde ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas (art. 3.4 del EOMF), el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Cataluña dispuso en Nota de Servicio de 20 de febrero de 1998, la necesidad de no actuar de oficio contra la okupación, restringiendo el ejercicio de la acción penal pública cuando existe una firme oposición explícita de los propietarios. A esta Nota de Servicio debe añadirse la Instrucción Interna Núm. 3/2001 de 14 de mayo de 2001, también de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que se considera que con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se podría producir una derogación tácita del delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles al agilizarse y facilitarse los procesos de desahucio²⁷⁸.

²⁷⁷ ASENS LLODRÁ, J.: << La represión al “movimiento de las okupaciones”: Del aparato policial a los *mass media* >>... *Op. cit.*, Pág., 300.

²⁷⁸ “El Fiscal Jefe de Cataluña, José María Mena, criticó... que un artículo del nuevo Código Penal castigue la okupación pacífica de viviendas. “*Vivíamos muy tranquilos y la paz pública estaba suficientemente garantizada*”, constató Mena, que abogó ayer por el diálogo entre okupas y caseros para evitar que el caso llegue a los tribunales... Según Mena las actuaciones de la fiscalía o de la policía deben estar precedidas de la “certeza inequívoca” de quién es el propietario del inmueble y de si desea verdaderamente el desalojo”. EFE. BARCELONA.: << El fiscal catalán critica que se castigue a los “okupas” pacíficos >> en *El País*, 14 de febrero de 1998. Pág., 25. “USURPACIÓN INMUEBLES. “OKUPAS”.- El artículo 245.2 del Código Penal castiga la ocupación ilegal de inmuebles que no constituyan morada. El Código Civil, en sus artículos 444 y 1942 establece el marco jurídico de la posesión meramente tolerada, y el artículo 1565.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881] regula el desahucio cuando “*se tenga en precario la finca, rústica o urbana, sin pagar merced*”. Se plantea el

b) Colectivos de jueces en favor del movimiento okupa

Desde el ámbito de la judicatura, la asociación JD (Jueces para la Democracia), olvidando el carácter contestatario e instrumental de este delito como medio para otros

problema de la compatibilidad entre las normas sustantivas y procesales que rigen el tratamiento civil de la posesión meramente tolerada, y del precario, y la nueva norma penal del artículo 245.2. Un criterio para solucionar el problema es el de la supremacía del derecho penal. Según este criterio, la literalidad del tipo penal significaría su inexcusable aplicación, en todo caso, con derogación tácita de las normas civiles hasta ahora reguladoras de la misma relación jurídica. Pero debe descartarse, sin embargo, el criterio referido, que entrañaría la criminalización de conductas, situaciones y relaciones jurídicas, históricamente reguladas por normas sustantivas y procesales civiles. Para determinar, por lo tanto, los criterios objetivos que establezcan los márgenes entre la regulación civil y la nueva norma penal, deben tenerse en cuenta criterios interpretativos de general y pacífica aplicación jurisprudencial. El artículo 245.2 del Código Penal contiene las expresiones "*sin autorización debida*" y "*contra la voluntad del titular*". Es evidente que el tipo penal condiciona la determinación del injusto a una específica actitud del titular del inmueble. El artículo 245.2, alojado en el Capítulo V del Título XIII del Código Penal, regula la usurpación como un delito contra el patrimonio. En esta clase de delitos es necesario que la voluntad del titular sea inequívoca, clara y terminantemente contraria a la conducta sustractiva. Lo que determina la criminalización de la conducta típica es, precisamente, el sometimiento de la voluntad del titular por medio de la violencia, la habilidad o el engaño. La tolerancia del titular, por lo tanto, diluye o impide la aplicación de los preceptos penales. Constituyen signos externos de tolerancia los comportamientos, activos o pasivos, de los titulares de los inmuebles consistentes en aceptar, sin oposición formal, la presencia, siempre ostensible, notoria y a veces clamorosa, de quienes los ocupan. También entraña signo externo de tolerancia entablar negociaciones para establecer las condiciones de una futura desocupación, lo que conlleva, a su vez, las condiciones de la ocupación presente. Deben entenderse extrañas al Código Penal las situaciones de precario previstas en la legislación civil en las que se aprecien datos objetivos de los que deducir signos externos de tolerancia, activa o pasiva, de la ocupación. Cuando se produzcan tales circunstancias, por lo tanto, no es procedente el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que, en todo caso, el titular conserva intacto su derecho a la tutela jurídica por los cauces que le vienen otorgando, históricamente, las leyes civiles, incluso con la severidad que implica el lanzamiento "*sin prórroga ni consideración de ningún género, y a su costa*", tal como dice el artículo 1599 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881]. Para conseguir la plena unidad de actuación que impone el artículo 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y de conformidad con lo que establece su artículo 22, todos los dictámenes de sobreseimiento, y todas las calificaciones que se refieran a los hechos que esta Nota de Servicio se contrae, serán visados por el Fiscal Jefe", en *Nota de Servicio. Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 20 de febrero de 1998*. "La usurpación de inmuebles fue objeto de la Nota de servicio de 20-2-98. En ella se establecían determinados criterios interpretativos deducidos de las confluencias del art. 245.2 del Código Penal y los arts. 444 y 1942 del Código Civil en relación con los arts. 1565.3º y 1599 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. La vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero exige determinadas adaptaciones de la anterior Nota de Servicio. En primer lugar, la referencia a los artículos de la Ley de 1881 debe ser sustituida por la referencia a los arts. 517, 704 y 675 de la vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. En segundo lugar, los criterios interpretativos derivados de la prioridad cronológica de la regulación procesal civil, extrapenal, que cabría entender que había sido superados por un posterior criterio más severo, punitivo, del legislador, caen por su base ante la evidencia de una regulación última, extrapenal, de la misma conducta o situación, que podría entrañar una derogación tácita, de la norma penal. Por esta razón cobra más fuerza la necesidad de extremar la cautela en la interpretación del ámbito de aplicación del precepto punitivo, con exclusión de la solución procesal civil, que es el más reciente recurso otorgado por el legislador a los Tribunales para la defensa de los bienes inmuebles ocupados. En su virtud, las Sras. y los Sres. Fiscales se atenderán a lo ordenado en la Nota de Servicio de 20-2-98, con las adaptaciones en la referencia a los preceptos extrapenales que han quedado señalados, y con prevalencia del principio de mínima intervención, en cuanto sea de aplicación", en *Instrucción Interna, Núm. 3/2001. Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 14 de mayo de 2001*.

finés y relegándolo únicamente a un aspecto periférico, y no por ello menos cierto del mismo (“problema social de gran envergadura: la imposibilidad de acceder a una vivienda digna, como consecuencia de que los precios en el mercado, de alquiler y de compra, responden a intereses especulativos inmobiliarios, contrarios a la utilización del suelo de acuerdo con el interés general”), en congreso anual celebrado en Santander, los días 7, 8 y 9 de Noviembre de 1996, acordó solicitar al Parlamento Español, a través de su Presidente, la inmediata derogación del artículo 245.2 del Código Penal²⁷⁹.

c) Otras instituciones en favor del movimiento okupa: Defensor del Pueblo. Partidos políticos e indultos

El colectivo okupa también ha encontrado apoyos en el Defensor del Pueblo que en su Informe de 1998, en el apartado referente a “Actuaciones relativas a posibles modificaciones legales.- Problemas detectados en relación con la respuesta penal que se ofrece al fenómeno de la ocupación de viviendas desocupadas”, considera que ha de ser la jurisdicción civil, con sus correspondientes acciones, la más adecuada para reponer a los propietarios en la posesión de sus inmuebles y que en el supuesto de que esas acciones civiles no ofrezcan unas respuestas eficaces y rápidas, deberán ser modificadas para lograr que dichos propietarios reciban la protección y tutela que merecen. El Derecho penal y las sanciones que de él se derivan, deberían quedar reservadas para supuestos muy limitados y para aquellos casos en los que el Derecho civil se haya mostrado inoperante. La utilización de ese Derecho penal debe ser siempre la excepción, ya que por su naturaleza y efectos el mismo habrá de aplicarse como última alternativa para reponer a los propietarios en la posesión de sus inmuebles²⁸⁰.

²⁷⁹ Propuesta de Montserrat Comas de Argemir, Estrella Blanes y Joaquín Bayo, la cual obtuvo 82 votos a favor, 2 votos en contra, y 22 abstenciones. *Vid.*, JUECES PARA LA DEMOCRACIA.: *Acerca de la criminalización de los llamados “Okupas”*. Resolución del Congreso de Jueces para la Democracia en Santander, días 7, 8 y 9 de Noviembre. <http://juecesdemocracia.es/congresos/xicongresos/>

²⁸⁰ “Segunda Parte.- Capítulo II.- 1.- Administración de Justicia. 1.6.- Actuaciones relativas a posibles modificaciones legales. 1.6.3.- Problemas detectados en relación con la respuesta penal que se ofrece al fenómeno de la ocupación de viviendas desocupadas: Problemas detectados en relación con la respuesta penal que se ofrece al fenómeno de la ocupación de viviendas desocupadas. El Defensor del Pueblo ha venido prestando siempre una especial atención a la evolución de los problemas que ocasiona la ocupación de viviendas deshabitadas por grupos de personas y a las consecuencias que este fenómeno produce en los diversos ámbitos de la sociedad, sobre todo en aquellos casos en los que, con ocasión de los desalojos, se producen desórdenes públicos e intervenciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Esta Institución es consciente de que el fenómeno de la ocupación esconde también una denuncia frente a un grave problema social como es la dificultad de acceder a una vivienda, sobre todo para la población más joven, o por parte, de aquellas familias sin recursos económicos que no ven otra vía

para canalizar sus pretensiones. Como consecuencia de una serie de quejas, que se iniciaron en el año 1997, se advirtió que en algunos de esos desalojos la preparación de la propia intervención policial y la forma de llevarse a cabo incrementaba el grado de violencia, que en todo caso también era naturalmente achacable a la resistencia de las personas que habían ocupado el inmueble. Igualmente se advirtió la descoordinación entre las administraciones a la hora de proceder a la propia desocupación y el hecho de que sólo hubiese como respuesta, al propio movimiento de ocupación, la de la fuerza policial. El Defensor del Pueblo, mediante este seguimiento, dedicó todo su esfuerzo a evitar precisamente este aumento de la violencia, de manera que las intervenciones policiales se llevasen a cabo con arreglo al vigente ordenamiento jurídico, para lo que buscó aproximar posturas, partiendo de la dificultad que esta tarea en sí misma encierra. A la vez, el Defensor del Pueblo invitó a la Administración a resolver el problema de la ocupación tratando de que se abriese un mínimo diálogo, no ya tanto con el movimiento "okupa", sino con quienes en cada caso practican la ocupación, por si del análisis de la situación en que las personas que allí se encontrasen se pudiera dar la oportuna respuesta social, a través de los servicios sociales correspondientes. Se trata, pues, de un asunto que, teniendo también unas implicaciones constitucionales y de actualidad, no puede resultar ajeno a esta Institución, sobre todo si se tiene en cuenta que los propios tribunales de justicia, en el ejercicio de la función jurisdiccional que les reconoce la Constitución, interpretan el delito de usurpación recogido en el artículo 245.2 del Código Penal de forma muy desigual, existiendo pronunciamientos dispares en relación con dicho precepto. En el año 1998 se recibió un informe elaborado por la Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona del Colegio de Abogados de Barcelona que concluía indicando la necesidad de la despenalización de la ocupación pacífica de inmuebles, actualmente tipificada en el artículo 245.2 del vigente Código Penal, y solicitaba la intervención del Defensor del Pueblo para que adoptase todas aquellas iniciativas que fueran pertinentes dentro del ámbito de competencias que la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, le reconoce, toda vez que se estimaba que dicho precepto vulnera diversos preceptos constitucionales. El citado artículo castiga la ocupación sin autorización debida de un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada o el mantenimiento en ellos contra la voluntad del titular, con la pena de multa de tres a seis meses. Según el informe, dicha regulación colisiona directamente con los principios de intervención penal mínima y de tutela proporcionada del bien jurídico, atentando además contra el principio de seguridad jurídica que deben inspirar el derecho penal moderno propio de los estados sociales y democráticos de derecho tal y como reconoce el Tribunal Constitucional. Sostiene además que el principio de intervención penal mínima supone, por un lado, que el Derecho penal —instrumento jurídico de trascendental importancia, toda vez que permite al Estado imponer sanciones privativas de libertad— se aplique para proteger no todos los bienes jurídicos que por una u otra razón han sido lesionados, sino únicamente aquellos calificados como más importantes y, por tanto, merecedores de una tutela coactiva. En tercer lugar, y a partir del principio de última "ratio", el Derecho penal solamente debe hacer acto de presencia para proteger determinados bienes jurídicos frente a los ataques más graves, siempre y cuando se revelen como inservibles para esa finalidad todos los demás medios de reacción con los que cuenta el ordenamiento jurídico. Según la Comisión antes mencionada es al menos discutible que el legislador haya recurrido al instrumento más grave del ordenamiento jurídico para resolver un conflicto que ya tiene una solución más proporcionada y eficaz en la vía civil a través de los interdictos de recobrar la posesión y de las correspondientes acciones registrales. Igualmente señala que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, las intervenciones penales deben guardar proporción con el contenido y finalidad de cada uno de los derechos en conflicto, tal y como recoge la doctrina y el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1992, de 8 de julio, en su fundamento jurídico cuarto. En este caso los comparecientes mantenían que los derechos en conflicto son, por un lado, el derecho a la propiedad privada y, por otro, el derecho a la vivienda. La acción de criminalizar las conductas de ocupación pacífica para proteger bienes inmuebles deshabitados es desequilibradora de ambos derechos y desproporcionada con el contenido y la finalidad de cada uno de ellos. Los reclamantes entendían que es excesivo proteger penalmente el derecho a la propiedad cuando éste se ejercita precisamente dejando abandonado el inmueble, obviando, de este modo, la función social que nuestra carta magna reconoce a la propiedad privada. Llegados a este punto los promoventes sostenían que el artículo 245.2 del vigente Código Penal prolonga la protección a la propiedad de forma innecesaria respecto de la realidad que persigue, creando situaciones de conflicto social que podrían evitarse con los propios mecanismos legales que nuestro ordenamiento tiene, concretamente en la vía civil a través de los interdictos de retener o de recobrar (artículos 1.651 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el juicio de desahucio por precario, y en caso de pérdida de la posesión por más de un año la acción reivindicatoria. Por otro lado, la Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona del Colegio de Abogados de Barcelona pone de manifiesto igualmente que la conducta de los "okupas" encuentra encaje legal en la legislación civil. Más exactamente destacan el hecho de que el Derecho civil reconozca a sus acciones efectos jurídico-civiles a través de la figura de la

En ocasiones el propio Defensor del Pueblo ha aceptado un papel mediador entre los okupas y las instituciones, manifestando: “sí podemos intentar acercar la postura de los okupas y la del Ministerio [de Economía y Hacienda] para buscar soluciones intermedias, como podría ser, y es sólo una suposición, una cesión temporal de otro inmueble vacío o un retraso del desalojo”²⁸¹.

Por último, y para aquellos supuestos en que ha resultado una condena judicial se ha llegado a solicitar el indulto por parte de los partidos políticos. Atendiendo a una proposición no de ley del Parlamento de Cataluña, diputados de todos los grupos con

prescripción adquisitiva, toda vez que los artículos 609, 1.930 y 1.959 del Código Civil configuran la usucapción —posesión ininterrumpida sobre bienes inmuebles durante treinta años sin necesidad de título ni buena fe— como un modo legítimo de adquirir la propiedad o el dominio. Tras esta exposición puntualizaban que el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución española impide que sean castigadas por el Código Penal conductas que están, sin embargo, amparadas por otras ramas del derecho, ya que lo contrario supone ir contra los criterios de unidad y coherencia en los que debe inspirarse todo ordenamiento jurídico. Esta Institución, al iniciar la presente investigación tuvo en cuenta la proposición de ley de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentada por diversos grupos parlamentarios y que fue votada en el Congreso de los Diputados el 29 de septiembre de 1998. Dicha proposición fue desestimada, aunque tras la intervención de los diversos partidos representados en esa Cámara se pusieron de relieve algunos aspectos del problema que, por su trascendencia, se ha estimado conveniente traer a colación. Por un lado, se señaló la necesidad de delimitar más y mejor el tipo penal a los efectos, principalmente, de distinguir el tipo de vivienda abandonada, para que no en todos los casos su desocupación y posterior ocupación sea digna de ser tutelada penalmente. Por otro, se puso igualmente de manifiesto la disparidad de criterios que se estaba produciendo no sólo a nivel doctrinal, sino incluso judicial, toda vez que algunos tribunales no están aplicando el artículo 245.2 ante las conductas de ocupación calificadas de usurpación, principalmente la Audiencia Provincial de Gerona que, tras interpretar el Código Penal de acuerdo con los principios inspiradores del Derecho penal, está acordando la absolución de los imputados, lo mismo que algún juzgado de lo penal de Madrid, que se ha pronunciado también en igual sentido. Por todo ello se estimó conveniente dirigir un escrito al Ministerio de Justicia con el fin de conocer cuál es el criterio o valoración que ese departamento tiene en relación con las consideraciones expuestas y, en concreto, si en estos momentos existe en estudio alguna iniciativa legal encaminada a modificar el artículo 245.2 del Código Penal, habida cuenta de las importantes repercusiones sociales, legales y jurídicas que provoca la aplicación de dicho precepto. Sin perjuicio del pronunciamiento definitivo que se realizará una vez se conozca el informe solicitado al citado Ministerio, es necesario hacer constar que teniendo en cuenta los razonamientos anteriormente expuestos, esta Institución considera que ha de ser la jurisdicción civil, con sus correspondientes acciones, la más adecuada para reponer a los propietarios en la posesión de sus inmuebles y que en el supuesto de que esas acciones civiles no ofrezcan unas respuestas eficaces y rápidas, deberán ser modificadas para lograr que dichos propietarios reciban la protección y tutela que merecen. El Derecho penal y las sanciones que de él se derivan, deberían quedar reservadas para supuestos muy limitados y para aquellos casos en los que el Derecho civil se haya mostrado inoperante. La utilización de ese Derecho penal debe ser siempre la excepción, ya que por su naturaleza y efectos el mismo habrá de aplicarse como última alternativa para reponer a los propietarios en la posesión de sus inmueble”. *Defensor del Pueblo. Informe anual 1998 y debates en las Cortes Generales I. Informe*. Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados Secretaría General (Dirección de Estudios) Serie Informes. Madrid, 1999. Págs. 216-219.

²⁸¹ AGUIRRE, B.: << El Defensor del Pueblo acepta mediar entre los 'okupas' de Lavapiés y las instituciones >> en *El País*, 25 de octubre de 1997. http://elpais.com/diario/1997/10/25/madrid/877778663_850215.html.

representación en el referido Parlamento a excepción del Partido Popular, solicitaron a la Ministra de Justicia, Margarita Mariscal de Gante, el indulto para un okupa por los disturbios ocurridos en una manifestación de protesta tras el desalojo del cine Princesa de Barcelona, en octubre de 1997. El Gobierno español concedió el indulto por Real Decreto 2462/2000, de 1 de diciembre de 2000²⁸².

Como sostiene MUÑOZ CASTILLO, podemos concluir afirmando que “*este fenómeno "okupa", aunque incomprensiblemente está alcanzando dosis de tolerancia social en algunos sectores concretos, aparece sostenido por una fuerte componente demagógica*”²⁸³.

3.- Legislación Administrativa Especial

La Administración Pública forma parte de los poderes públicos determinados por la Constitución, lo que significa que, en contraposición a los sujetos ordinarios,

²⁸² L.V.G.A. fue condenado inicialmente por la titular del Juzgado de lo Penal número 4 de Barcelona, por manifestación ilícita, atentado a la autoridad y desórdenes públicos. Posteriormente la Audiencia de Barcelona absolvió por el delito de manifestación ilícita. Los diputados Josep Rull (CiU), Manel Bustos (PSC), Ignasi Riera (IC-EV), Joan Ridao (ERC), Xavier Bosh (PI) y Fidel Lora (PCC) solicitaron la medida de gracia ya que el condenado carece de otros antecedentes penales y policiales, está cursando estudios universitarios y tiene el apoyo de asociaciones de vecinos, sindicatos, partidos políticos y otras entidades. RÍOS, P.: << Todos los partidos excepto el PP piden el indulto para un "okupa" condenado a tres años de prisión >> en *El País*. Edición Catalana, 5 de junio de 1998. http://elpais.com/diario/1998/06/05/catalunya/897008838_850215.html. “Real Decreto 2462/2000, de 1 de diciembre, por el que se indulta a don L.V.G.A. Visto el expediente de indulto de don L.V.G.A., con los informes del Ministerio Fiscal y del Tribunal sentenciador, condenado por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de fecha 14 de mayo de 1998, resolutoria de recurso de apelación interpuesto contra otra del Juzgado de lo Penal número 4 de Barcelona, de fecha 4 de marzo de 1997, como autor de un delito de desórdenes públicos, a la pena de un año de prisión; delito de atentado, a la pena de dos años de prisión, y de una falta de lesiones, a la pena de cuatro fines de semana, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, por hechos cometidos en el año 1996, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 1 de diciembre de 2000, Vengo en indultar a don L.V.G.A. las penas privativas de libertad pendientes de cumplimiento, a condición de que no vuelva a cometer delito doloso durante el tiempo de normal cumplimiento de la condena”. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 306. III.- Otras disposiciones. 22 de diciembre de 2000. Pág., 45458. *Vid.*, GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Págs., 187-218; ASENS LLODRÁ, J.: << La represión al “movimiento de las okupaciones”: Del aparato policial a los *mass media* >>... *Op. cit.*, Págs., 293-337; IRIBAR, A.: << La propiedad siempre gana >> en *El País*. Edición, Madrid, 2 de octubre de 1998. http://elpais.com/diario/1998/10/02/sociedad/907279205_850215.html; RÍOS, P.: << Todos los partidos excepto el PP piden el indulto para un "okupa" condenado a tres años de prisión >> en *El País*. Edición, Cataluña, 5 de junio de 1998. http://elpais.com/diario/1998/06/05/catalunya/897008838_850215.html.

²⁸³ MUÑOZ CASTILLO, J.: *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*. Ed. Colex. Madrid, 2000. Pág., 426.

opera con heteronomía; es decir, lejos de poder tener fines propios y, por tanto, generar intereses conforme a ellos, agota su fin en el *interés general*, que le viene determinado y al que sirve sometida plenamente a la Ley y al Derecho. Su actividad, ciertamente incide en la mayoría de los ámbitos y facetas de la vida colectiva, es variable en el tiempo, tiene en cada momento contenidos y alcances diversos y cumple funciones, proveyendo bienes y prestando servicios (o garantizando su provisión o prestación), fundamentales para el desarrollo de la vida de las personas en la sociedad actual (*seguridad*, sanidad, educación, infraestructuras, transporte, suministro de energía, entre otros muchos); es siempre y exclusivamente servicial del referido *interés general*; está gobernada por el principio de legalidad; y cuenta con atributos que sólo pertenecen al poder público.

Ese *interés general o público* se traduce, en un Estado de Derecho, en normas que imponen límites a la actuación de todos los sujetos, privados y públicos. La contravención de tales límites por los sujetos destinatarios de las normas lleva aparejada con normalidad determinada consecuencia que, en el caso de la más grave, puede consistir, cuando la contravención se tipifica como infracción, en infligir un mal al infractor; es decir, en imponerle una sanción en ejercicio justamente de la potestad sancionadora de la Administración²⁸⁴.

La relación entre el Derecho administrativo y el Derecho penal se caracteriza, porque el ámbito de aplicación de éste marca los límites de aquél. Pese a contar el Derecho administrativo con unos instrumentos garantizadores propios, algunos análogos a los de carácter punitivo, el Derecho penal delimita exteriormente el campo de lo administrativo en la medida en que al Derecho penal se le encomienda la tutela más enérgica de los bienes jurídicos más importantes (principio de esencialidad); y, lo penal goza de preferencia absoluta en los casos de concurrencia entre infracciones administrativas e ilícitos penales (v. *gr*, art. 45 LOPSC)²⁸⁵.

²⁸⁴ Así, la Constitución Española establece: Artículo 25.- “3. *La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”.

²⁸⁵ “Es fácil constatar... una clara *conexión funcional* entre ambos sectores del ordenamiento jurídico público [el Derecho Penal y el Derecho Administrativo], porque el Código Penal se sirve en numerosas definiciones y figuras delictivas de conceptos acuñados en el Derecho Administrativo; y tutela, además, intereses que atañen a la Administración Pública y al ejercicio de la función pública”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Volumen I*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 5ª edición. Madrid, 2012. Pág., 94.

El mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues, tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa. Esto último supone que el juez no interviene más que eventualmente y *a posteriori*, por la vía común del recurso contencioso-administrativo, y esto mismo fue ya un progreso, pues hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, los actos administrativos sancionatorios se calificaban de actos políticos o discrecionales y se excluían, por tanto, del control contencioso administrativo²⁸⁶.

Entre esos intereses generales a que aludíamos anteriormente se encuentra la paz y la seguridad. *Paz y seguridad* que son en el mundo actual bienes de primerísimo rango, y que determinan el crecimiento de la necesidad-demanda de protección de la población. Para el desarrollo de la dirección, ordenación, prestación, protección y garantía de esa seguridad, en correlativo mantenimiento de las libertades públicas, encontrábamos la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de

²⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: << Capítulo XVIII.- Las sanciones administrativas >> en *Curso de Derecho Administrativo II*. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ, T.R. Ed. Civitas, 13ª edición. Madrid, 2013. Págs., 169-214; PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición. Valencia, 2013. Págs., 16-52, y 745-788; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Volumen I*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 5ª edición. Madrid, 2012. Págs., 93-121; GÓMEZ TOMILLO, M.: << La distinción ente la infracción administrativa y el delito >> en *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. GÓMEZ TOMILLO, M., Y SANZ RUBIALES, I. Ed. Aranzadi, 2ª edición. Navarra, 2010. Págs., 85-86 y 118-119; GIL GIL, A.: << Lección 2.- Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo >> en *Tutela penal de las Administraciones Públicas*. LACRUZ LÓPEZ, J.M., Y MELENDO PARDOS, M. (COORDS.). Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2013. Págs., 67-68; NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*. Ed. Tecnos, 5ª edición. Madrid, 2012. Pág., 46 y 124-130; DE PALMA DEL TESO, A.: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996. Pág., 27; Vid., SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (DIR.): *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 1ª edición. Madrid, 2010; RANDO CASERMEIRO, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010; Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 4ª, S 19-11-2001, rec. 6690/2000, Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDJ 2001/45239); Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 8-6-1981, nº 18/1981, BOE 143/1981, de 16 de junio de 1981, rec. 101/1980, Pte: Gómez-Ferrer Morant, Rafael (EDJ 1981/18 STC Sala 1ª de 8 junio 1981); Tribunal Europeo de Derechos Humanos, S 21-2-1984, nº 8544/1979, Fundamento Jurídico 49, (EDJ 1984/6847 STEDH de 21 febrero 1984); Recomendaciones del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Viena, del 2 al 7 de octubre de 1989; y en particular la consideración 3.- “3. *El problema de saber si un comportamiento debe ser reprimido por el Derecho penal o el Derecho administrativo penal no puede ser resuelto de una manera general. Es el legislador, en la mayor parte de los casos, quien deber decidir si uno u otro Derecho debe ser aplicado. Para justificar esta decisión, el legislador deberá tomar en cuenta diversos criterios, por ejemplo el bien jurídico en cuestión, la gravedad del daño o de la amenaza, así como en grado de culpabilidad.* ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. *Resoluciones del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal Viena, 2 - 7 octubre de 1989*. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1989_06.pdf.

Seguridad Ciudadana, derogada por la homónima Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE de 31 de marzo); y ante la necesidad de inducir la colaboración de la economía privada y acudir a fórmulas de concierto, transacción y cooperación con grupos sociales y agentes privados, la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (BOE de 5 de abril), que deroga la igualmente homónima Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada.

3.1.- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana (Derogada)

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana, pese a considerar en su Exposición de Motivos que “la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable” y que “son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática”, no contemplaba en su articulado ninguna modalidad usurpatoria de bienes inmuebles, dejando las mismas a su tipificación en sede penal.

Las autoridades competentes, no obstante, y como medida de seguridad extraordinaria, podían acordar el cierre o desalojo de locales o establecimientos y la evacuación de inmuebles. Si bien, tales medidas sólo estaban previstas para situaciones de emergencia (amenazas de bomba y similares supuestos) que las circunstancias del caso hacían imprescindibles y únicamente mientras éstas durasen; no para recuperar la posesión inmobiliaria²⁸⁷.

3.2.- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana

La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, establece en su Preámbulo que “la seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades

²⁸⁷ Así establece el artículo 15 de la LO 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana: “La autoridad competente podrá acordar, como medidas de seguridad extraordinarias, el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la evacuación de inmuebles o el depósito de explosivos, en situaciones de emergencia que las circunstancias del caso hagan imprescindibles y mientras éstas duren”. Vid., ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE POLICÍAS.: *Ley Orgánica 1/92*. Ed. Centro Superior de Estudios Policiales. http://www.haelsite.files.wordpress.com/2011/04/lo192_a4.pdf.

reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho.

Las demandas sociales de seguridad ciudadana van dirigidas esencialmente al Estado, pues es apreciable una conciencia social de que sólo éste puede asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquellos.

La Constitución Española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1.29ª). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana.

Es a la luz de estas consideraciones como se deben interpretar la idea de seguridad ciudadana y los conceptos afines a la misma, huyendo de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, y evitando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas.

Para garantizar la seguridad ciudadana... la Ley, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, parte de un concepto material de... [ésta] entendida como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos... [y teniendo] en cuenta, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son, con matices, manifestaciones de un único *ius puniendi* del Estado... junto a las infracciones tipificadas por el legislador de 1992, la Ley sanciona conductas que, sin ser constitutivas de delito, atentan gravemente contra la seguridad ciudadana... [Y] se ha considerado oportuno sancionar comportamientos... que perturban la convivencia ciudadana o el pacífico disfrute de las vías y espacios públicos, todos ellos

bienes jurídicos cuya protección forma parte de los fines de esta Ley por su colindancia con la seguridad ciudadana”²⁸⁸.

En dicha norma se sanciona con una multa de 100 a 600 euros una conducta en apariencia similar a la tipificada en el artículo 245.2 del Código Penal, cuya dicción literal es: Artículo 37.- *“Son infracciones leves... 7.- La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada”*²⁸⁹.

La diferencia entre ilícito penal y administrativo no podemos hallarla en la descripción de la acción misma porque ambos contemplan el hecho de la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia (el mantenimiento) en ellos. Será necesario acudir a las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional; según el cual la interpretación de un determinado delito, cuando concurre con una infracción administrativa, ha de realizarse por la vía de la reducción del primero, para respetar el principio de proporcionalidad o intervención mínima. En palabras del Alto Tribunal *“el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas”*. Varias son las vías con las que cuenta el intérprete penal para operar esa reducción²⁹⁰:

- La primera sería acudir al sentido gramatical, dando a cada término la expresión exacta.

²⁸⁸ Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 77. Martes 31 de marzo de 2015. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Págs., 27216-27220.

²⁸⁹ *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 77. Martes 31 de marzo de 2015. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Pág., 27234.

²⁹⁰ Tribunal Constitucional Pleno, S 24-2-2004, nº 24/2004, BOE 74/2004, de 26 de marzo de 2004, rec. 3371/1997, Pte: Pérez Vera, Elisa (EDJ 2004/5420).

- En segundo lugar acudir a los principios generales de limitación del *ius puniendi* que impiden que existan delitos meramente formales penalizando infracciones administrativas.
- Y en tercer lugar tener en cuenta la protección del bien jurídico de modo que solo cuando la acción tenga potencialidad para lesionarlo, más allá de lo que en su caso prevea la infracción administrativa, la acción en cuestión podrá ser considerada como infractora del ordenamiento penal.

Estas pautas se analizan en el último capítulo donde se concluye cuál es la diferencia entre ambos ilícitos; si bien previamente ha de analizarse en profundidad el delito (art. 245.2 del CP); pues el propio artículo 37.7 LOPSC contiene una cláusula de cierre, al decir: “*cuando no sean constitutivas de infracción penal*”.

3.3.-Vigilancia y protección de bienes inmuebles. Particularidades de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada

La moderna sociedad postindustrial teme el delito, y por ende, llegar a ser víctima del mismo, situándose la seguridad ciudadana entre una de las preocupaciones mayores de los ciudadanos. Miedo al delito que se presenta no sólo como una respuesta de quien ha sufrido un hecho delictivo, sino también en palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA como un “fenómeno psicosocial que trasciende a la dimensión clínica personal, que contamina las actitudes; mediatiza la opinión pública y pervierte la política criminal”²⁹¹.

Ese sentimiento de inseguridad y miedo al delito, unido a la proliferación de objetos susceptibles o necesitados de protección (tanto de carácter mobiliario como inmobiliario), y a la crisis del sistema de seguridad pública, conlleva un incremento en los servicios de seguridad privada.

Aunque las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad

²⁹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* Op. cit., Pág., 608.

ciudadana mediante el desempeño de diversas funciones entre las que se encuentra la de *prevenir la comisión de actos delictivos*²⁹², es habitual la realización de actividades de seguridad (con fines de prevención de la delincuencia) por otras instancias sociales o agentes privados, llegando a adquirir en las últimas décadas un auge hasta ahora desconocido (no sólo a instancia de particulares y empresas e instituciones, sino incluso de la propia Administración Pública). Ambos modelos de prevención se rigen por criterios muy distintos. El *público* es generalista y no discriminatorio; el *privado*, particularista y selectivo, clientelar en cuanto a sus objetivos de protección. Sin olvidar que la seguridad privada no persigue objetivos de justicia, ni la protección de los intereses colectivos²⁹³.

Entre las competencias que la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada atribuía a los vigilantes de seguridad se encontraba la de ejercer la *vigilancia y protección de bienes inmuebles, y evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección*; ejerciendo sus funciones exclusivamente en el interior de los edificios o de las propiedades de cuya vigilancia estuvieran encargados, sin que tales funciones se pudieran desarrollar en las vías públicas ni en aquellas que, no teniendo tal condición, sean de uso común, exceptuando el supuesto de

²⁹² Las funciones de las FCSE se encuentran reguladas en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que integran el Capítulo I “*De las funciones*”, del Título II “*De las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*”, de la referida ley.

²⁹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* Op. cit., Págs., 608-617; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología*. Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición actualizada, corregida y aumentada. Valencia, 2014. Págs., 1010-1023. “Aunque la legislación española proclame explícitamente la “complementariedad” de la seguridad privada respecto de la pública, y la necesaria coordinación entre ambas, no pueden desconocerse las relevantes diferencias que separan a una y otra, atendiendo a sus fuentes de financiación, funciones objetivos, finalidades y respectivos sistemas de provisión de sus servicios. En efecto, la seguridad privada (a diferencia de la pública) se *financia* por el cliente que contrata el servicio, destinatario final de éste, en función de sus intereses y prioridades particulares. Las empresas de seguridad privada no se orientan a la prevención y represión del delito, sino a la *prevención de riesgos*. La seguridad privada protege *intereses particulares*, servicio que se oferta a cambio de un precio, y que sólo beneficia a quien financia aquel, no a la totalidad de la población. Se trata, pues, de una actividad empresarial, mercantil, restringida a sus clientes. El sector de la seguridad privada, por último, persigue como objetivo final la reducción de las *pérdidas económicas de las empresas*: el delito es un coste económico que éstas tratan de minimizar pagando seguridad, esto es, reduciendo riesgos; mientras la seguridad pública tiene como finalidad la represión del delito (y su prevención) mediante la aplicación de la ley”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología...* Op. cit., Pág., 1013.

que se tratase de polígonos industriales o urbanizaciones aisladas, previa autorización del Delegado o Subdelegado del Gobierno²⁹⁴.

²⁹⁴ Vid., GÓMEZ-BRAVO PALACIOS, P.: *Seguridad Privada. Consultas e informes sobre la normativa vigente*. Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones del Ministerio del Interior, y Dykinson, S.L., 2ª edición. Madrid, 2006; SÁNCHEZ MANZANO, J.J.: *Seguridad Privada. Apuntes y Reflexiones*. Ed. Dilex, S.L. Madrid, 2001. Así dispone la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada. BOE, Núm. 186, de 4 de agosto de 1992; Artículo 11.- “1.- Los vigilantes de seguridad sólo podrán desempeñar las siguientes funciones: a) Ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos. b) Efectuar controles de identidad en el acceso o en el interior de inmuebles determinados, sin que en ningún caso puedan retener la documentación personal. c) Evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección. d) Poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquéllos. e) Efectuar la protección del almacenamiento, recuento, clasificación y transporte de dinero, valores y objetos valiosos. f) Llevar a cabo, en relación con el funcionamiento de centrales de alarma, la prestación de servicios de respuesta de las alarmas que se produzcan, cuya realización no corresponda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 2.- Para la función de protección del almacenamiento, manipulación y transporte de explosivos u otros objetos o sustancias que reglamentariamente de determinen, será preciso haber obtenido una habilitación especial”. Artículo 13.- “Salvo la función de protección del transporte de dinero, valores, bienes u objetos, los vigilantes de seguridad ejercerán sus funciones exclusivamente en el interior de los edificios o de las propiedades de cuya vigilancia estuvieran encargados, sin que tales funciones se puedan desarrollar en las vías públicas ni en aquellas que, no teniendo tal condición, sean de uso común. No obstante, cuando se trate de polígonos industriales o urbanizaciones aisladas, podrán implantarse servicios de vigilancia y protección en la forma que expresamente se autorice”. El Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, en desarrollo de los artículos anteriormente transcritos dispone: Artículo 71.- “Funciones y ejercicio de las mismas. 1.- Los vigilantes de seguridad sólo podrán desempeñar las siguientes funciones: a) Ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos. b) Efectuar controles de identidad en el acceso o en el interior de inmuebles determinados, sin que en ningún caso puedan retener la documentación personal. c) Evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección. d) Poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquéllos. e) Efectuar la protección del almacenamiento, recuento, clasificación y transporte de dinero, valores y objetos valiosos. f) Llevar a cabo, en relación con el funcionamiento de centrales de alarma, la prestación de servicios de respuesta de las alarmas que se produzcan, cuya realización no corresponda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 11.1 de la L.S.P.)”. Artículo 79.- “Actuación en el exterior de inmuebles. 1.- Los vigilantes sólo podrán desempeñar sus funciones en el interior de los edificios o de los inmuebles de cuya vigilancia y seguridad estuvieran encargados, salvo en los siguientes casos...” Artículo 80.- “Servicio en polígonos industriales o urbanizaciones. 1.- El servicio de seguridad en vías de uso común pertenecientes a polígonos industriales o urbanizaciones aisladas será prestado por una sola empresa de seguridad y habrá de realizarse, durante el horario nocturno, por medio de dos vigilantes, al menos, debiendo estar conectados entre sí y con la empresa de seguridad por radiocomunicación y disponer de medios de desplazamiento adecuados a la extensión del polígono o urbanización. 2.- La prestación del servicio en los polígonos industriales o urbanizaciones habrá de estar autorizada por el Gobernador civil de la provincia, previa comprobación, mediante informe de las unidades competentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de que concurren los siguientes requisitos: a) Que los polígonos o urbanizaciones estén netamente delimitados y separados de los núcleos poblados. b) Que no se produzca solución de continuidad, entre distintas partes del polígono o urbanización, por vías de comunicación ajenas a los mismos, o por otros factores. En caso de que exista o se produzca solución de continuidad, cada parte deberá ser considerada un polígono o urbanización autónomo a efectos de aplicación del presente artículo. c) Que no se efectúe un uso público de las calles del polígono o urbanización por tráfico o circulación frecuente de vehículos ajenos a los mismos. d) Que la administración municipal no se haya hecho cargo de la gestión de los elementos comunes y de la prestación de los servicios municipales. e) Que el polígono o urbanización cuente con administración específica y global que permita la adopción de decisiones comunes. 3.- Con independencia de lo

3.3.1.- LEY 5/2014, DE 4 DE ABRIL, DE SEGURIDAD PRIVADA

La vigente Ley de Seguridad Privada, que deroga expresamente la anterior Ley 23/1992, de 30 de julio, de idéntico nombre y finalidad normativa, reconoce en su Preámbulo la importancia que la *seguridad* tiene en nuestra sociedad, elevando a aquélla a la categoría de pilar primordial de la sociedad. Así dispone en su Preámbulo que “la seguridad no es solo un valor jurídico, normativo o político; es igualmente un valor social. Es uno de los pilares primordiales de la sociedad, se encuentra en la base de la libertad y la igualdad y contribuye al desarrollo pleno de los individuos”.

Según se establece en el Preámbulo de la Ley (que reproduce la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Seguridad Privada), son “factores determinantes de la necesidad de sustituir la vigente ley cabecera de este sector del ordenamiento jurídico... los importantísimos cambios tecnológicos, que condicionan la prestación de servicios de

*dispuesto en el apartado 1, los titulares de los bienes que integren el polígono o urbanización podrán concertar con distintas empresas de seguridad la protección de sus respectivos locales, edificios o instalaciones, pero en este caso los vigilantes de seguridad desempeñarán sus funciones en el interior de los indicados locales, edificios o instalaciones. 4.- Cuando en el cumplimiento de su misión en polígonos industriales o urbanizaciones, y con independencia del ejercicio de la función que les corresponda en el control de accesos, fuese precisa la identificación de alguna persona, los vigilantes la reflejarán en un parte de servicio, que se entregará seguidamente a las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición derogatoria única de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada: “El Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y el resto de la normativa de desarrollo de la Ley 23/1992, de 30 de julio, y del propio Reglamento mantendrán su vigencia en lo que no contravenga a esta ley”. “En contestación a las consultas formuladas, fundamentalmente por Centrales Sindicales, sobre numerosos aspectos de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y su normativa de desarrollo, relativos al régimen jurídico de los vigilantes de seguridad, la Secretaría General Técnica estimó aplicables los siguientes criterios (septiembre 2000): En primer lugar, debe significarse el elevado número y la especificidad de las cuestiones planteadas, cuyo nivel de casuística es en la mayoría de los casos tan pronunciado que trasciende a la propia regulación normativa, aún en su grado máximo de desarrollo, aconsejan la elaboración de un informe estructurado en apartados, en los que, en base a los criterios de Dirección General de la Policía y de esta Secretaría General Técnica, se dan respuesta global a los distintos aspectos en que se concretan las cuestiones suscitadas. 1º.- Obligación de evitar los actos delictivos por el vigilante de seguridad. La obligación del vigilante de seguridad, en relación con los bienes a proteger, alcanza a cualquier tipo de infracción, sea de naturaleza penal (delito o falta) o de carácter administrativo, que afecte a los mismos. Es decir, con carácter general, cualquier infracción del ordenamiento jurídico que incida sobre los bienes o las personas objeto de protección en el servicio prestado justifica la actuación o intervención de los vigilantes de seguridad. Respecto a los términos “evitar” e “impedir”, desde el punto de vista del resultado que se pretende con la actuación del vigilante de seguridad, puede decirse que tienen la misma significación; si bien el término “evitar” responde más claramente al carácter preventivo y disuasorio que se busca con el establecimiento de un servicio de seguridad privada, mientras que el término “impedir” implica, respecto de la vigilancia y protección, la necesidad de intervenir ante un suceso ya iniciado, en evitación de que se siga produciendo”. GÓMEZ-BRAVO PALACIOS, P.: *Seguridad Privada. Consultas e informes sobre la normativa vigente... Op. cit.*, Págs., 165-166.*

seguridad, y la tendencia a la integración de las distintas seguridades en un concepto de seguridad integral, cuestión a tener en cuenta tanto en el ámbito de las actividades como en el de las funciones y servicios que presta el personal de seguridad privada, aspectos éstos que la Ley 23/1992, de 30 de julio, no podía contemplar... En resumen, puede decirse que el conjunto de los cambios propuestos en la nueva ley, además de mejorar y resolver problemas técnicos, de gestión y operativos, profundiza decididamente en el actual modelo español de seguridad privada (complementaria, subordinada, colaboradora y controlada por la seguridad pública), apostando por su papel preventivo en beneficio de la seguridad general, y lo hace aprovechando e integrando funcionalmente todo su potencial informativo, de recursos humanos y de medios materiales, al servicio de la protección y seguridad del conjunto de la ciudadanía, de forma compatible con el legítimo interés que persiguen las entidades privadas de seguridad”²⁹⁵.

²⁹⁵ Cfr., *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 21 de junio de 2013. Núm. 50-1. Págs., 2-6; *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 83, de 5 de abril de 2014. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Págs., 28975-28980. “El Congreso de los Diputados ha aprobado el Proyecto de Ley de Seguridad Privada impulsado por el Gobierno, que otorgará a la seguridad privada el carácter de refuerzo de la seguridad pública. La nueva Ley establecerá que la seguridad privada sea subordinada, complementaria y coordinada con la seguridad pública. Además, permitirá a los agentes privados realizar funciones de control bajo el mando de los cuerpos policiales en lugares como el perímetro exterior de centros penitenciarios o centros de acogida de extranjeros, atribuyéndoles asimismo el carácter de “agentes de la autoridad”, con los correspondientes efectos que ello puede suponer en distintos tipos penales configurados en la norma punitiva y confundiendo, en todo caso, la formación teórico y práctica de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con las de otro colectivo. Esta norma de inminente publicación, bajo la fórmula de lograr una mayor dotación de seguridad en los establecimientos penitenciarios, presume de introducir una “seguridad adicional más allá de la que provee la seguridad pública o satisfacen sus necesidades de información profesional con la investigación de asuntos de su legítimo interés. En esta óptica, la existencia de la seguridad privada se configura como una medida de anticipación y prevención frente a posibles riesgos, peligros o delitos” (Exposición de Motivos). Los argumentos de eficiencia y eficacia a los que se alude para resolver los problemas de seguridad, no difieren en mucho a los ya esgrimidos para justificar las privatizaciones que se están llevando a cabo en materia de sanidad, educación o justicia, no existiendo, sin embargo, ninguna demanda social que justifique la introducción de la seguridad privada en los centros penitenciarios. La misma obedece a fines de contención presupuestaria. Pese a que no entra de lleno tal modificación en el campo de la privatización intramuros de los centros penitenciarios, podría perfilarse como el inicio de un largo proceso de privatización, lo cual supondría un problema de una magnitud incalculable. En este sentido, el Director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), Elías Carranza, advierte que a pesar de que la industria de las prisiones privadas surgió en Estados Unidos en la década de los ochenta, éstas “no fueron diseñadas por expertos de justicia criminal con las mejores prácticas, sino por empresarios que ven oportunidad de negocios muy lucrativos”. En un mismo prisma crítico se manifiesta el académico del ILANUD, Stephen Nathan, embistiendo contra la gestión privada de las cárceles al sostener que “hay un patrón bien documentado de que el personal de esas cárceles está mal capacitado, tiene bajos salarios y trabaja con una alta rotación de los empleados”. Es por ello por lo que comparto fielmente la opinión de mi maestro Sanz Delgado, cuando atisba que “los sistemas europeos penales y penitenciarios, influenciados por las últimas tendencias de la política criminal norteamericana, han descubierto medidas propias de la ejecución penal del siglo XIX y, en algún caso, sistemas y procedimientos de siglos anteriores”. No obstante, en puridad, la realidad práctica española, a tenor de normas como el actual proyecto de ley que de forma inminente va a ser trasladado al

La Ley 5/2014 implica frente a la Ley 23/1992 un cambio de modelo de la seguridad privada y su participación en las actividades propias de la seguridad pública, que hunde sus raíces en la idea de que la seguridad privada apenas tiene límites que deriven de la Constitución o del resto del ordenamiento jurídico; y por consiguiente, puede entrar a desarrollar actividades que efectivamente vienen reservadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Tal cambio de modelo viene dado por la eliminación del carácter eminentemente subordinado de la seguridad privada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por la asunción del principio de la complementariedad como único a tener en cuenta²⁹⁶.

Senado para su aprobación, hace sentir el fin lucrativo de carácter empresarial patente, ofreciendo reducciones de gasto público, sin el menor miramiento hacia el deterioro colateral que en los servicios públicos podría acaecer, consiguiéndose, no obstante por ello, una clara optimización de los recursos económicos, que no asistenciales, de la propia Administración penitenciaria por cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad se refiere... Parece obvio pues, que el objeto de la norma en trámite parlamentario estriba más bien en una suerte de reincorporación al sector, del personal de seguridad privada, a modo de sustitución de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, o en su caso, de las CCAA correspondientes, en un momento de especial brecha económica como el actual, y que en todo caso afecta a las funciones que debieran desempeñarse en exclusiva por el sector público, sin llegar a convertir a los empleados de las empresas privadas en una especie de policía privada...". FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: << Ley de Seguridad Privada: una puerta abierta a la privatización >> en *Unir Revista*. <http://revista.unir.net/2013121810268/ley-de-seguridad-privada-%C2%BFel-inicio-de-un-largo-proceso-de-privatizacion>.

²⁹⁶ Vid., SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID: *Informe sobre la reforma de la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada*. http://web.icam.es/actualidad/noticia/799/La_Sección_de_Derechos_Humanos_elabora_un_informe_jurídico_sobre_la_reforma_de_la_Ley_de_Seguridad_Privada. "En el sistema democrático que consagra la Constitución Española no puede ser función de la seguridad privada la garantía de la seguridad pública, tal y como se prevé en el artículo 4.b)... [LSP] porque se trata de una función de atribución exclusiva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La función de la seguridad privada solo puede alcanzar, en este sentido, a la cooperación de manera subordinada de acuerdo con lo... [que preveía el] artículo 1.1 de la Ley 23/1992. Por tanto, el carácter complementario de la seguridad privada está muy limitado y no puede llegar, en ningún caso, a la previsión del artículo 4.c)... [LSP] que prevé la integración funcional del personal de seguridad privada como recurso externo. El personal de seguridad privada no tiene la formación ni el carácter de autoridad pública como para integrarse funcionalmente en el mantenimiento de la seguridad pública ni, por consiguiente, en el desarrollo de las funciones necesarias e inherentes que son, sin duda, ejercicio de autoridad o *imperium*, es decir, no puede plantearse, ni siquiera a título de hipótesis, que el personal o las empresas de seguridad privada realicen ciertas actividades de seguridad pública, en concreto, aquellas que supongan un ejercicio del poder público". SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID: *Informe sobre la reforma de la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada...* Op. cit., Pág., 7. Así, la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada. BOE, Núm. 186, de 4 de agosto de 1992 disponía: Artículo 1.1.- "Esta ley tiene por objeto regular la prestación por personas, físicas o jurídicas privadas, de servicios de vigilancia y seguridad de personas o bienes, que tendrán la consideración de actividades complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública". Tras la derogación de esta Ley por la Ley 5/2014, de 4 de abril, se dispone en esta última: Artículo 4.- "Fines. La seguridad privada tiene como fines: a) Satisfacer las necesidades legítimas de seguridad o de información de los usuarios de seguridad privada, velando por la indemnidad o privacidad de las personas o bienes cuya seguridad o investigación se le encomienda frente a posibles vulneraciones de derechos, amenazas deliberadas y riesgos accidentales o derivados de la naturaleza. b) Contribuir a garantizar la seguridad pública, a prevenir infracciones y a aportar

En relación a los bienes inmuebles, y como ya hiciera la derogada Ley 23/1992, de 30 de julio, la vigente Ley 5/2014, de 5 de abril, entre las competencias que atribuye a los vigilantes de seguridad se encuentra, de forma ampliada, la de *ejercer la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión, y evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección, realizando las comprobaciones necesarias para prevenirlos o impedir su consumación, debiendo oponerse a los mismos e intervenir cuando presenciaren la comisión de algún tipo de infracción o fuere precisa su ayuda por razones humanitarias o de urgencia; en definitiva, impedir la ocupación*²⁹⁷.

información a los procedimientos relacionados con sus actuaciones e investigaciones. c) Complementar el monopolio de la seguridad que corresponde al Estado, integrando funcionalmente sus medios y capacidades como un recurso externo de la seguridad pública”. Por su parte, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece: Artículo primero.- “1. La Seguridad Pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación. 2. Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la Seguridad Pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley. 3. Las Corporaciones Locales participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos establecidos en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley. 4. El mantenimiento de la Seguridad Pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. Artículo once.- “1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: a) Velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las Autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias. b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa. c) Vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicos que lo requieran. d) Velar por la protección y seguridad de altas personalidades. e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana. f) Prevenir la comisión de actos delictivos. g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes. h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia. i) Colaborar con los servicios de protección civil en los casos de grave riesgo, catástrofe, o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de protección civil”.

²⁹⁷ Vid., Artículo 32.1 a) y c) de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. BOE, Núm. 83, de 5 de abril de 2014. “El artículo 11.1.c) de la LFCS deja bien sentado que la vigilancia y protección de edificios e instalaciones públicas no puede ser llevada a cabo por el personal de seguridad privada. Debe partirse de un principio de actuación en esta materia: los edificios e instalaciones públicas deben ser vigilados y protegidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la seguridad privada es la que vigila y protege la propiedad privada de los particulares. El artículo 5.1.a)... [LSP] vulnera la LFCS porque determina que la seguridad privada tiene como función la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos. En el mismo sentido que lo anterior, el artículo 41.3... [LSP] cuando prevé que el personal privado pueda realizar la vigilancia perimetral de prisiones o centros de internamiento de extranjeros y la vigilancia de edificios públicos. Más criticable, si cabe, es la previsión de que participen en la prestación de servicios de seguridad pública junto con la policía y a modo de complemento de la

Frente a la derogada Ley 23/1992, en que los vigilantes ejercían sus funciones exclusivamente en el interior de los edificios o de las propiedades de cuya vigilancia estuvieran encargados, y sin que tales funciones se pudieran desarrollar en las vías públicas ni en aquellas que, no teniendo tal condición, sean de uso común (exceptuando el supuesto de que se tratase de polígonos industriales o urbanizaciones aisladas, previa autorización del Delegado o Subdelegado del Gobierno), la nueva Ley 5/2014 regula y amplía el catálogo de supuestos en que los vigilantes podrán prestar sus funciones fuera de dichos espacios sin necesidad de autorización previa, o con previa autorización del órgano competente²⁹⁸.

Asimismo, la Ley 5/2014 modifica el nombre de los guardas particulares del campo, para configurarlos, más adecuadamente, como guardas rurales; quienes *ejercerán funciones de vigilancia y protección de bienes en fincas rústicas, así como en las instalaciones agrícolas, industriales o comerciales que se encuentren en ellas*²⁹⁹.

acción policial. La ambigüedad de este artículo es excesiva para calcular el alcance de la acción complementaria lo que nos puede llevar a que la seguridad privada ejerza las típicas funciones reservadas por la CE a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, por consiguiente, a la inconstitucionalidad de la norma que se [ha aprobado]”. SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID: *Informe sobre la reforma de la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada...* Op. cit., Pág., 12.

²⁹⁸ “El artículo 38.2.c) de la LFCS establece como función de las policías autonómicas en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la siguiente: vigilar los espacios públicos, proteger las manifestaciones y mantener el orden en grandes concentraciones humanas. El ejercicio de esta función corresponderá, con carácter prioritario, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando, bien a requerimiento de las Autoridades de la Comunidad Autónoma, o bien por decisión propia, lo estimen necesario las Autoridades estatales competentes. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 53 de la misma Ley en relación con los cuerpos de Policía Local, es decir, les otorga la función de vigilar los espacios públicos. Por tanto, el artículo 41... [LSP] es contrario a la LFCS al prever la prestación de servicios de seguridad privada en zonas públicas aún con autorización: servicios de ronda o vigilancia discontinua, persecución de presuntos delincuentes, polígonos industriales, urbanizaciones delimitadas, complejos o parques comerciales, eventos que se desarrollen en espacios públicos y recintos y espacios abiertos que estén delimitados. Además, la vigilancia de las zonas públicas es una función que solo puede corresponder a los agentes de la autoridad porque implica el uso de determinadas acciones: uso de la fuerza, detención, cacheo, identificación y otras concordantes que solo pueden realizar los agentes de policía. Los espacios públicos son lugares donde se ejercitan determinados derechos constitucionales, concretamente, el derecho de reunión, pero también la libertad que solo pueden ser garantizados por los cuerpos policiales tal y como establece el artículo 104 CE”. SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID: *Informe sobre la reforma de la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada...* Op. cit., Págs., 11-12.

²⁹⁹ Así dispone la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. BOE, Núm. 83, de 5 de abril de 2014: Artículo 5.- “*Actividades de seguridad privada. 1. Constituyen actividades de seguridad privada las siguientes: a) La vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos. b) El*

acompañamiento, defensa y protección de personas físicas determinadas, incluidas las que ostenten la condición legal de autoridad. c) El depósito, custodia, recuento y clasificación de monedas y billetes, títulos- valores, joyas, metales preciosos, antigüedades, obras de arte u otros objetos que, por su valor económico, histórico o cultural, y expectativas que generen, puedan requerir vigilancia y protección especial. d) El depósito y custodia de explosivos, armas, cartuchería metálica, sustancias, materias, mercancías y cualesquiera objetos que por su peligrosidad precisen de vigilancia y protección especial. e) El transporte y distribución de los objetos a que se refieren los dos párrafos anteriores. f) La instalación y mantenimiento de aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de videovigilancia. g) La explotación de centrales para la conexión, recepción, verificación y, en su caso, respuesta y transmisión de las señales de alarma, así como la monitorización de cualesquiera señales de dispositivos auxiliares para la seguridad de personas, de bienes muebles o inmuebles o de cumplimiento de medidas impuestas, y la comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes en estos casos. h) La investigación privada en relación a personas, hechos o delitos sólo perseguibles a instancia de parte...”. Artículo 32.- “Vigilantes de seguridad y su especialidad. 1.- Los vigilantes de seguridad desempeñarán las siguientes funciones: a) Ejercer la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión. b) Efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio, sin que, en ningún caso, puedan retener la documentación personal, pero sí impedir el acceso a dichos inmuebles o propiedades. La negativa a exhibir la identificación o a permitir el control de los objetos personales, de paquetería, mercancía o del vehículo facultará para impedir a los particulares el acceso o para ordenarles el abandono del inmueble o propiedad objeto de su protección. c) Evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección, realizando las comprobaciones necesarias para prevenirlos o impedir su consumación, debiendo oponerse a los mismos e intervenir cuando presenciaren la comisión de algún tipo de infracción o fuere precisa su ayuda por razones humanitarias o de urgencia. d) En relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tal la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite a cualquier persona practicar la detención. e) Proteger el almacenamiento, recuento, clasificación, transporte y dispensado de dinero, obras de arte y antigüedades, valores y otros objetos valiosos, así como el manipulado de efectivo y demás procesos inherentes a la ejecución de estos servicios. f) Llevar a cabo, en relación con el funcionamiento de centrales receptoras de alarmas, la prestación de servicios de verificación personal y respuesta de las señales de alarmas que se produzcan. Además, también podrán realizar las funciones de recepción, verificación no personal y transmisión a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que el artículo 47.1 reconoce a los operadores de seguridad. 2.- Los vigilantes de seguridad se dedicarán exclusivamente a las funciones de seguridad propias, no pudiendo simultanearlas con otras no directamente relacionadas con aquéllas. 3.- Corresponde a los vigilantes de explosivos, que deberán estar integrados en empresas de seguridad, la función de protección del almacenamiento, transporte y demás procesos inherentes a la ejecución de estos servicios, en relación con explosivos u otros objetos o sustancias peligrosas que reglamentariamente se determinen. Será aplicable a los vigilantes de explosivos lo establecido para los vigilantes de seguridad respecto a uniformidad, armamento y prestación del servicio”. Artículo 34.- “Guardas rurales y sus especialidades. 1. Los guardas rurales ejercerán funciones de vigilancia y protección de personas y bienes en fincas rústicas, así como en las instalaciones agrícolas, industriales o comerciales que se encuentren en ellas. Se atenderán al régimen general establecido para los vigilantes de seguridad, con la especificidad de que no podrán desempeñar las funciones contempladas en el artículo 32.1.e)...”. Artículo 41.- “Servicios de vigilancia y protección. 1.- Los servicios de vigilancia y protección referidos a las actividades contempladas en el artículo 5.1.a) se prestarán por vigilantes de seguridad o, en su caso, por guardas rurales, que desempeñarán sus funciones, con carácter general, en el interior de los edificios, de las instalaciones o propiedades a proteger. No obstante, podrán prestarse fuera de estos espacios sin necesidad de autorización previa, incluso en vías o espacios públicos o de uso común, en los siguientes supuestos: a) La vigilancia y protección sobre acciones de manipulación o utilización de bienes, maquinaria o equipos valiosos que hayan de tener lugar en las vías o espacios públicos o de uso común. b) La retirada y reposición de fondos en cajeros automáticos, así como la

prestación de servicios de vigilancia y protección de los mismos durante las citadas operaciones, o en las de reparación de averías. c) Los desplazamientos al exterior de los inmuebles objeto de protección para la realización de actividades directamente relacionadas con las funciones de vigilancia y seguridad de dichos inmuebles. d) La vigilancia y protección de los medios de transporte y de sus infraestructuras. e) Los servicios de ronda o de vigilancia discontinua, consistentes en la visita intermitente y programada a los diferentes puestos de vigilancia establecidos o a los distintos lugares objeto de protección. f) La persecución de quienes sean sorprendidos en flagrante delito, en relación con las personas o bienes objeto de su vigilancia y protección. g) Las situaciones en que ello viniera exigido por razones humanitarias. h) Los servicios de vigilancia y protección a los que se refieren los apartados siguientes.

2.- Requerirán autorización previa por parte del órgano competente los siguientes servicios de vigilancia y protección, que se prestarán en coordinación, cuando proceda, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y de acuerdo con sus instrucciones: a) La vigilancia en polígonos industriales y urbanizaciones delimitados, incluidas sus vías o espacios de uso común. b) La vigilancia en complejos o parques comerciales y de ocio que se encuentren delimitados. c) La vigilancia en acontecimientos culturales, deportivos o cualquier otro evento de relevancia social que se desarrolle en vías o espacios públicos o de uso común, en coordinación, en todo caso, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. d) La vigilancia y protección en recintos y espacios abiertos que se encuentren delimitados. Reglamentariamente se establecerán las condiciones y requisitos para la prestación de estos servicios.

3.- Cuando así se decida por el órgano competente, y cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán prestarse los siguientes servicios de vigilancia y protección: a) La vigilancia perimetral de centros penitenciarios. b) La vigilancia perimetral de centros de internamiento de extranjeros. c) La vigilancia de otros edificios o instalaciones de organismos públicos. d) La participación en la prestación de servicios encomendados a la seguridad pública, complementando la acción policial. La prestación de estos servicios también podrá realizarse por guardas rurales”.

CAPÍTULO II.- PROBLEMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

SUMARIO: PROBLEMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 1.- Bien jurídico 1.1.- Sentido político-criminal (*de lege ferenda*) 1.2.- Sentido dogmático (*de lege lata*) 1.2.1.- FUNCIÓN SISTEMÁTICA 1.2.2.- FUNCIÓN DE GUÍA DE LA INTERPRETACIÓN 1.2.3.- FUNCIÓN DE CRITERIO DE MEDICIÓN DE LA PENA 1.3.- El bien jurídico en los delitos del Título XIII del Libro II del Código Penal. “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*” 1.3.1.- TEORÍA SANCIONATORIA VS. TEORÍA AUTÓNOMA DEL DERECHO PENAL. MÉTODO EXEGÉTICO-EXPERIMENTAL 1.3.2.- PATRIMONIO O PROPIEDAD 1.3.3.- CONCEPTO DE PATRIMONIO A) *Concepción jurídica* B) *Concepción económica* C) *Concepción mixta o económico-jurídica* D) *Patrimonio como suma de elementos o como universalidad (universitas iuris)* 1.3.4.- CONCEPTO DE ORDEN SOCIOECONÓMICO A) *Orden socioeconómico en sentido estricto u orden público económico* B) *Orden socioeconómico en sentido amplio* 1.3.5.- CLASIFICACIÓN 1.4.- Bien jurídico en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles 1.4.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS A) *Propiedad* B) *Posesión* a) *Posesión como hecho* b) *Posesión como derecho* c) *Derecho de posesión o ius possessionis vs. Derecho a poseer o ius possidendi* d) *Fundamento de la posesión* 1.4.2.- PRIMERA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POSESIÓN CONTINUA, PERMANENTE Y ESTABLE EN EL TIEMPO, DERIVADA DEL DERECHO DE PROPIEDAD A) *Consecuencias* 1.4.3.- SEGUNDA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POSESIÓN REAL, DE GOCE Y DISFRUTE EFECTIVO, SOCIALMENTE MANIFESTADA A) *Consecuencias* 1.4.4.- TERCERA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PATRIMONIO INMOBILIARIO A) *Consecuencias* 1.4.5.- CUARTA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, PATRIMONIO INMOBILIARIO Y ORDEN PÚBLICO A) *El Estado y el orden* B) *Dificultades conceptuales* C) *Concepto de orden público* a) *Concepto formal, ideal, abstracto o en sentido amplio* b) *Concepto material, concreto, restringido, o en sentido estricto* c) *Orden público y Constitución* D) *Distinción de figuras afines: seguridad pública y seguridad ciudadana. Nuevos modelos de seguridad ciudadana* a) *Concepción unitaria* b) *Integración de los conceptos* c) *Nuevos modelos de seguridad ciudadana* E) *Usurpación pacífica y orden público* F) *Consecuencias* 1.4.6.- TESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PATRIMONIO INMOBILIARIO, ORDEN PÚBLICO, Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO

1.- Bien jurídico

La necesidad de comenzar el estudio del tipo de injusto del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles por un breve análisis del concepto y sentido del bien jurídico viene exigido por la función prioritaria de exclusiva protección de bienes jurídicos que se atribuye al Derecho penal; función que representa una limitación al *ius puniendi* estatal. Y también, por ser el bien jurídico para el Derecho penal, junto con la norma, en palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, “polos de su eje”³⁰⁰.

³⁰⁰ “El Derecho penal de hoy es un Derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Ed. Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, S.A., 3ª edición. Buenos Aires, 1958. Pág., 19. “La

norma, que no puede identificarse con la Ley..., es uno de los polos del eje del Derecho. El otro es el bien jurídico. Cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos. Éstos son de inapreciable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico; es decir, el bien jurídico ha de ser tenido en cuenta en la interpretación teleológica". JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito...* Op. cit., Pág., 20. "El concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político-criminal (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales); b) en sentido dogmático (*de lege lata*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate... Interesa este sentido dogmático de bien jurídico, como "objeto de la tutela jurídica": p. ej., la vida, la propiedad, la libertad, el honor, la Administración de Justicia, la seguridad interior del Estado, etc. en cuanto el Código penal castiga determinados ataques contra estos bienes. Los dos conceptos de bien jurídico mencionados (el político-criminal y el dogmático) pueden hallarse más o menos próximos, según el grado de realización por parte del Derecho positivo del ideal político-criminal que se mantenga. El concepto político criminal de bien jurídico tenderá a tener un contenido muy cercano al del concepto dogmático para quien sustente la misma concepción político-criminal que inspira al Derecho vigente (y al contrario). Todo Código penal supone la realización, más o menos feliz, de un determinado programa político-criminal, que cuenta entre sus puntos básicos con la determinación de aquellos bienes que deben ser protegidos bajo pena. Esta determinación de los bienes a proteger penalmente depende de los intereses y valores del grupo social que en cada momento histórico detenta el poder político. Los Códigos penales no protegen intereses ahistóricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de un lugar y de un tiempo concretos... En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material; lo que se llaman "intereses difusos" (expresión de Sgubbi)". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*. Ed. Reppertor, 9ª edición. Barcelona, 2011. Págs., 161-162. "Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 121. "El objeto de protección del Derecho, en general, y el del Derecho penal, en particular, no son idénticos. La idea contraria, que podría tener cabida en una concepción del Derecho penal como mero refuerzo sancionatorio de normas de otros sectores del Ordenamiento, carece de sentido tan pronto como se advierte que el Derecho penal dispone de normas primarias propias y que lo que hace "penal" una infracción no es la sanción de la misma con una pena, sino determinadas características materiales de la propia infracción... [Se trata, pues, de] determinar cuáles son los rasgos específicos del objeto de protección penal en relación con los objetos de protección de los demás sectores del ordenamiento jurídico... La obtención de criterios de delimitación del objeto que deba ser protegido por el Derecho penal es, pues, decisiva, a fin de contar con un baremo político-criminal que permita analizar críticamente los procesos de incriminación o desincriminación que se están llevando a cabo y en el que se puede apoyar una correcta praxis en esta materia... La dañosidad social de la lesión sí es requisito de toda protección jurídica del objeto lesionado. Todo bien para ser "jurídico" requiere, pues, que los ataques contra el mismo se revelen como trascendentes en la esfera social en un sentido dañoso: si al Derecho en su conjunto, le competen funciones de protección social, éste sólo podrá intervenir en casos en que concurra la referida dañosidad social. En cambio, ni la referencia personal (individual), ni otros requisitos derivados de la idea de proporcionalidad, deben estimarse necesarios para todo objeto de protección jurídica, sino más bien específicos del "bien jurídico penal"... El tema de nuestro tiempo no es... la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido. Y lo decisivo es determinar si esa teoría puede asentarse en consideraciones exclusivamente utilitaristas (un bien jurídico debe ser protegido penalmente cuando ello aparece como útil en términos de necesidad y subsidiaridad) o bien se hace preciso atender también a consideraciones axiológicas o de principio (la decisión sobre la protección penal de un bien jurídico depende de su "merecimiento" de tal protección). Lo primero implicaría entender que la teoría del bien jurídico penal resulta de la superposición a la teoría del bien jurídico del principio (utilitarista) de intervención mínima (en otras palabras, necesidad de protección penal). Lo segundo, por su parte, implica introducir en la cuestión consideraciones acerca de la importancia del bien y de la gravedad intrínseca de los ataques al mismo (merecimiento de protección penal)... no puede prescindirse ni de uno ni de otro aspecto". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. 2ª edición actualizada y ampliada. Montevideo, 2010. Págs., 438-441. Esos dos aspectos a que alude SILVA

SÁNCHEZ, son concretizados por MIR PUIG en: “*suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal*”. MIR PUIG, S.: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. Ariel, 1ª edición. Barcelona, 1994. Pág., 162. “1. La importancia social del bien merecedor de tutela jurídico penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal... Reclamar una particular “importancia social” para los bienes jurídico penales significa, pues, por de pronto, postular la autonomía de la valoración jurídico penal de aquellos bienes. Y significa erigir en criterio básico de dicha valoración específica el que tales bienes puedan considerarse *fundamentales para la vida social*. Lo primero... supone el rechazo de una concepción de... [el Derecho Penal] como instrumento meramente sancionador. Lo segundo (la exigencia de que los bienes jurídico penales sean fundamentales para la vida social) obliga a precisar de algún modo el sentido de esta exigencia. En realidad, las divergencias ante la cuestión de si hay que *criminalizar*, o no, determinado interés empezarán en este punto. Será fácil el acuerdo hasta aquí, pero será mucho más difícil coincidir en la apreciación de cuándo un interés es fundamental para la vida social y cuándo no lo es. Hasta cierto punto ello es inevitable, pues se trata de una cuestión valorativa, pero es bueno tratar de hallar criterios que puedan auxiliar en la discusión racional (intersubjetiva) del problema... a) Es innegable,... que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal. Sin embargo, la cuestión no puede resolverse de plano con el *solo* recurso a la Constitución... Aunque según el artículo 9 de la Constitución ésta obliga a los ciudadanos y a los poderes públicos,... la función primordial de la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder político... No puede entenderse que la Constitución imponga al Estado no sólo el deber de respetar los derechos fundamentales, sino también el de sancionar penalmente su vulneración... la intervención penal supone también lesión de los derechos del condenado. Ello exige una ponderación de intereses no resuelta expresamente por la Constitución... Aunque la Constitución reconozca un determinado bien, sería evidentemente contrario al principio de proporcionalidad protegerlo penalmente de todo ataque, incluso ínfimo, sin requerir un mínimo de afectación del bien... El problema suele ser qué grado de afectación de un determinado interés es suficiente para hacerlo objeto de tutela jurídico penal... Ello no significa que el reconocimiento constitucional de un derecho o de un bien no deban tomarse muy en consideración para valorar su grado de importancia en orden a su posible tutela jurídico penal. Pero tal dato no basta por sí solo... b) Para decidir la cuestión de si ha de ampararse penalmente un determinado interés social que hasta ahora no lo es, o la de si debe o no despenalizarse un bien hasta ahora penal, puede ser útil partir de la comparación con los bienes jurídico penales que integran el núcleo del Derecho penal,... que... son aquellos que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos... En el Estado social actual vuelve a plantearse la cuestión de si el conjunto social merece tanta o mayor protección jurídica que los individuos. Es en este contexto en el que hoy se debate la tutela penal de nuevos intereses colectivos. Hay dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno, es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos... El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos *en la medida* en que condicione la vida de los individuos... El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo... Ésta es una vía de razonamiento que debe atenderse si se quiere evitar la peligrosa tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una *administrativización* de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo... 2. [En cuanto al] segundo requisito de *necesidad de protección penal*... No basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico penal... Con frecuencia será necesaria la protección penal de un bien frente a algunas formas de ataque especialmente peligrosas y no frente a otras... Ahora bien, en cuanto a la falta de necesidad de protección frente a ciertas formas de ataque no dependa de la importancia abstracta del bien ni de su concreto grado de afectación, no podrá decidirse con el solo criterio de la entidad del bien”. MIR PUIG, S.: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho... Op. cit.*, Págs., 162-167.

1.1.- Sentido político-criminal (*de lege ferenda*)

Todo tipo penal trata de proteger realidades valiosas desde la perspectiva individual o social. Por su valor se definen como bienes, y por merecer protección jurídica, como bienes jurídicos. Si, por su importancia y la gravedad del ataque que sufren, merecen además la más intensa protección del Derecho penal, pueden denominarse bienes jurídico-penales. El carácter fragmentario y de "*ultima ratio*" del Derecho penal, asegura que sólo se protejan penalmente los bienes jurídicos fundamentales, y sólo frente a los ataques más intolerables³⁰¹.

³⁰¹ "La idea de objeto jurídico del delito nace con el movimiento de la Ilustración y la aparición del Derecho penal moderno. Antes, el ilícito penal aparece contemplado en una dimensión eminentemente teológica: el delito es, ante todo y sobre todo, un "pecado", una desobediencia a la voluntad divina. Entendimiento, por lo demás, que se corresponde con los modelos teocráticos en que se asienta la sociedad de la época. El problema de la responsabilidad penal se plantea simplemente como la búsqueda de la hipótesis en las que la voluntad de Dios impone al hombre una determinada actitud, por derivarse de ella una especie de "imperativo de comportarse virtuosamente". La confusión delito-pecado y la consiguiente etización del ilícito serán, pues, las características más significativas de este período. El movimiento iluminista, rechazando los pilares básicos de la sociedad teocrática determinará una visión radicalmente distinta de lo social y consecuentemente del problema penal. La "laicización" y "humanización", significarán en el orden penal, de una parte, que los valores supremos de la legislación se busquen en el sistema social y no en el terreno sobrenatural; de otra, que el individuo sea el que viene, en vía de principio, a ser tutelado. A partir de aquí, el delito, que ya no puede identificarse con el pecado, necesita encontrar su contenido material, iniciando así una azarosa vida llena de continuas vicisitudes". GONZÁLEZ RUS J.J.: *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)*. Ed. Fundación Juan March. Serie Universitaria, 201. Madrid, 1983. Págs., 9-10. "La violación de un derecho subjetivo será el primer contenido que se asigne al ilícito penal: el delito supondría siempre la violación de un derecho subjetivo variable con el variar de la especie de delito y perteneciente a la persona individual, jurídica o el propio Estado, directa e inmediatamente ofendido por el mismo... Los fundamentos conceptuales de la tesis, sin embargo, pronto serán puestos en evidencia. Ni el Derecho penal se limita a reforzar con la protección especial de sus sanciones derechos subjetivos creados por otras ramas del ordenamiento jurídico, ni tampoco la tutela penal de un interés crea siempre un derecho subjetivo en beneficio del titular del mismo (subjetivización de la norma penal), sino que normalmente lo que ocurre es que se considera de manera simplemente objetiva, como un interés más, lo que en otras ramas del ordenamiento jurídico puede aparecer como un derecho subjetivo". GONZÁLEZ RUS J.J.: *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)*... *Op. cit.*, Págs., 10-12. "Hoy, el principio de que el delito constituye la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico constituye casi un dogma indiscutido... La categoría del bien jurídico surge como evolución y ampliación de la originaria concepción garantista del delito como lesión de un derecho subjetivo y con el propósito de continuar la función limitativa del legislador, circunscribiendo la búsqueda de los hechos merecedores de pena a aquellos efectivamente dañosos para la coexistencia social, pero lesivos de "entidades reales" (empírico-naturales) del mundo externo. Su aparición, sustituyendo al derecho subjetivo, se produce por razones políticas y dogmáticas". GONZÁLEZ RUS J.J.: *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)*... *Op. cit.*, Págs., 12-13. "Las teorías "jurídico-constitucionales" del bien jurídico tratan de formular criterios capaces de imponerse de manera necesaria al legislador ordinario, limitándolo a la hora de crear el ilícito penal. La búsqueda acabará pronto porque realmente no hay mucho donde escoger: si se persigue una finalidad vinculatoria, es claro que sólo puede servir una fuente jurídica que sea jerárquicamente superior y se imponga por su propia naturaleza. Y tal fuente no podía ser otra que la norma constitucional. La utilización de la misma, sin embargo, puede hacerse de diversas maneras, lo que aconseja distinguir entre las que lo hacen en un sentido genérico, a modo de marco de referencia, y las que, en cambio, se conectan a disposiciones concretas del texto constitucional. En las primeras, lo común es remitirse a la forma de Estado constitucionalmente establecida, generalmente mediante la vía de la deducción de los caracteres que se consideran necesarios en un sistema penal acorde con el mismo. El ligamen con la Constitución (en ocasiones establecido "a

posteriori", esto es: una vez elaborada la concepción de manera abstracta se le conecta a la Constitución) se limita normalmente a las características básicas del Estado (casi siempre social y democrático) del que se derivan (por cada autor según su criterio y por lo común sin apoyo en las concretas disposiciones constitucionales) una serie de postulados que se entienden de carácter necesario en el ordenamiento penal. En otros casos se hará apelando a los principios que inspiran la norma fundamental y con arreglo a los cuales se reconstruye el sistema punitivo". GONZÁLEZ RUS J.J.: *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)*... *Op. cit.*, Págs., 23-24. "La misión del legislador penal, por tanto, no sería otra que la de perfilar y complementar los valores plasmados en la Constitución, sin que le sea posible "crear" intereses no recogidos, ni desfigurar a través de las tipicidades penales el sentido que constitucionalmente les ha sido atribuido". GONZÁLEZ RUS J.J.: *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)*... *Op. cit.*, Pág., 27. "Detrás de la función limitadora del bien jurídico lo que hay es un problema de confianza o desconfianza en el legislador ordinario, al que en consecuencia se quiere limitar más o menos a la hora de la creación del ilícito penal". GONZÁLEZ RUS J.J.: *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)*... *Op. cit.*, Pág., 29. "La Constitución ha de ser el obligado punto de referencia en tema de ilícito penal, más aún, en la construcción de la teoría jurídica del delito, se justifica desde una doble perspectiva: jurídica, en cuanto que constituye la norma fundamental a la que debe acomodarse el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico; política, desde el momento en que por su procedimiento de elaboración es el instrumento más fiable (aunque a veces imperfecto) al que acudir en búsqueda de los principios y valores socialmente compartidos y a los que debe responder un Derecho penal que quiera reflejar adecuadamente las características básicas de la comunidad en que ha de aplicarse. Sólo con esta referencia se elimina el riesgo (prácticamente ineliminable) de "perversión" del bien jurídico y de interpretación o construcciones interesadas sobre "qué" debe ser el Derecho penal, "cómo" debe incidir en el medio social y "cuáles" los valores que debe proteger". GONZÁLEZ RUS J.J.: *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)*... *Op. cit.*, Págs., 35-36. "Que el Derecho Penal sólo deba proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal. El concepto de bien jurídico es, pues, más amplio que el de bien jurídico penal". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*... *Op. cit.*, Pág., 120. Entre los límites que hoy suelen imponerse al *ius puniendi* del Estado, ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho Penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho Penal. Supone la concepción del Derecho Penal como un mal menor que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario. Pero, ¿cuándo ha de reputarse necesaria la intervención del Derecho Penal? Aquí aparece el concepto de bien jurídico: el Derecho Penal es necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos. Si bien, no todo bien jurídico requiere tutela penal, ni todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico penal. Para que un bien jurídico pueda considerarse, además un bien jurídico penal, cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal. MIR PUIG, S.: *Estado, Pena y Delito*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. Montevideo, 2006. Págs., 85-94. Una concepción democrática del Estado y del Derecho Penal supone que si al Estado no le corresponde la realización de fines trascendentales, sino de protección y fomento de las condiciones de vida de cada uno de los individuos, sólo estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad para el cumplimiento de dichos fines. Esto es, un Estado democrático sólo puede utilizar la pena y la medida de seguridad para la protección y fomento de las condiciones de vida de cada uno de los individuos. Los bienes jurídicos son los bienes en que se concretan tales condiciones de vida. Luego el Derecho Penal sólo podrá proteger los bienes jurídicos. Un Derecho Penal democrático ha de limitarse a proteger aquellos procesos de interacción social que, a largo o corto plazo, son necesarios para la subsistencia o mínimo funcionamiento de la estructura social (es decir, los bienes jurídicos), en cuanto ello constituye la condición de la vida de cada uno de sus miembros. MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. 2ª edición. Montevideo, 2003. Págs., 135 y ss. Así pues, el Derecho Penal no pretende realizar valores absolutos de la justicia sobre la tierra, ni ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia sino garantizar la inviolabilidad de los valores supremos del orden social haciendo posible la vida común, la convivencia. De acuerdo con este punto de partida (la naturaleza "instrumental" del Derecho Penal al servicio de la convivencia humana) entiende la doctrina que el cometido esencial del Derecho Penal es la protección de los valores fundamentales del orden social; esto es la salvaguarda de los bienes jurídicos. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen I. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 5ª edición. Madrid, 2012.

Aunque el bien jurídico se materializa siempre en un objeto de la acción, no debe confundirse con éste. El bien jurídico expresa el valor personal o social del objeto³⁰².

Pág., 174 y ss. Bienes jurídicos son, pues, bienes vitales, fundamentales para el individuo y la comunidad que al ser tutelados por el Derecho se convierten en “bienes jurídicos”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Civitas. Madrid, 1978. Pág., 19. “La suma de los bienes jurídicos no constituye, de otro lado un cúmulo atomizado y desordenado de intereses, sino el “orden social””. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen I. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal...* Op. cit., Pág., 174. “El Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de la “máxima utilidad posible” para las posibles víctimas debe combinarse con el de “mínimo sufrimiento necesario” para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho Penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra en juego así el “principio de subsidiariedad”, según el cual el Derecho Penal ha de ser la “ultima ratio”, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos (Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación sanciones no penales, tanto civiles, -impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, reparación de daños y perjuicios, etc.- como administrativas -multas, sanciones disciplinarias, etc.-. Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad). El llamado “carácter fragmentario del Derecho Penal” constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado “principio de intervención mínima””. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit. Págs., 117-118. Principio de intervención mínima que implica que para que la ley penal no se transforme en instrumento al servicio de los detentadores de la potestad legislativa y punitiva, es preciso oponer al ejercicio de ésta, un límite fundamental: las leyes penales en un Estado de Derecho democrático solo se justifican porque prestan tutela a un valor que, por ser esencial su respeto para las condiciones mínimas de convivencia, recibe protección penal. Si se aparta de esa misión, si no tutelan intereses comunitarios, si solamente establecen deberes, serán formalmente “leyes penales”, pero no serán “Derecho Penal” propio de un Estado de Derecho. La función de protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima deben, además, verse acompañados por el postulado de equilibrio en la tutela de bienes jurídicos. Esto es, que sean atendidas las exigencias de una adecuada selección y ponderación de los bienes jurídicos a proteger penalmente. QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*. Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 4ª edición. Navarra, 2010. Pág., 75. La política criminal es una teoría de lo posible, de la adecuación de los medios que tiene el Estado para emplearlos en la lucha contra el delito. Actualmente hay general coincidencia en estimar que uno de los principios rectores de una adecuada política criminal es el de considerar la sanción penal como la “ultima ratio”. RODRÍGUEZ DE VESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Dykinson, 18ª edición. Madrid, 1995. Pág., 18.

³⁰² MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 130. “Procede apreciar en todo momento..., la diversidad de sentido existente entre objeto material y objeto jurídico en el ámbito de la teoría del delito. Características conceptuales propias y funciones dogmáticas peculiares separan uno y otro elementos, requeridos de ineludible delimitación. En tanto existen supuestos típicos de acciones con resultado y de acciones carentes de él, el objeto de protección (que nada tiene que ver con la existencia o no de resultado externo del comportamiento típico) integra un momento que, en relación con el contenido material del injusto, debe ser dogmáticamente reputado imprescindible en la noción jurídico-penal de delito. El objeto de la acción ha de construirse, en virtud de las exigencias básicas de naturaleza empírica, tomando como base la realización exterior y sin atender al carácter antijurídico de la misma. El objeto de tutela, por el contrario, tiene que ser estructurado precisamente sobre el fundamento que representa el injusto típico. Así como todo objeto de acción integra siempre un objeto de naturaleza corporal, en cuanto requiere ser susceptible de sustentar en sí un efecto materialmente tangible, el objeto de protección asume un carácter jurídico normativo, abstracto y espiritualista, necesariamente trascendente sobre la índole fáctica de

1.2.- Sentido dogmático (*de lege lata*)

La importancia de la determinación del bien jurídico protegido, como objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada, radica en la triple función que desempeña (aparte de la función límite del legislador³⁰³); a saber:

corporeidad física peculiar del objeto de acto. La categoría dogmática de bien jurídico... constituye, frente a los objetos del mundo real capaces de alteración, el exponente más elevado de los valores ideales del orden social que garantizan el mantenimiento y desarrollo de las condiciones fundamentales de seguridad, prosperidad y nobleza de la convivencia humana en sociedad, y, en cuanto tal, se presenta como susceptible de lesión o puesta en peligro de forma jurídico-penalmente relevante". POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1974. Págs., 88-89. "Un Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos más que un planteamiento político criminal y, por lo tanto sujeto a la discrecionalidad del poder, constituye una exigencia en el Estado social y democrático de derecho que centra su actividad y desarrollo en el hombre como fin. La política penal fundada en la protección de bienes jurídicos constituye una realización material del reconocimiento del hombre, titular de libertad y dignidad, como sujeto participativo en los procesos sociales. El derecho penal se amplía de esta forma como sistema de garantías. La responsabilidad penal no derivará simplemente de la realización formal de una conducta definida previamente como delito, sino que será necesario que esa conducta esté dotada de significación social que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar. El bien jurídico deberá constituirse en reemplazo de la acción en la piedra angular de la teoría del delito. No bastará ya con la realización antijurídica de una conducta típica dolosa o culposa, sino que será necesario además que esa conducta sea socialmente significativa. Será socialmente significativa en cuanto tenga capacidad y afecte efectivamente a un bien jurídico. El principio de culpabilidad (vinculación personal del sujeto con el hecho) y el principio de protección de un bien jurídico (capacidad de lesionar y lesión efectiva del bien jurídico) deben complementarse en un Estado social y democrático de derecho para que pueda hacerse efectiva una responsabilidad penal". HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal)*. PPU, 1ª edición. Barcelona, 1991. Págs., 169-170.

³⁰³ "La necesidad de limitar al legislador ha sido sentida desde decenios en la ciencia del Derecho penal español. Pero es, quizá, desde la Constitución de 1978... cunado más de manifiesto se ha puesto aquella exigencia... No obstante, la afirmación común a la generalidad de la doctrina de que el principio de protección de bienes jurídicos constituye un límite al *ius puniendi*, puede convertirse en mera literatura si no somos capaces de construir un concepto material de bien jurídico que pueda servir como punto de referencia y contraste a la obra legislativa". ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: << Bien Jurídico y Constitución >> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 43, 1991. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1991. Pág., 5. "La Constitución pasa a ejercer un papel de intermediación entre los conflictos culturales y el legislador ordinario, proporcionando así una base coherente y relacionada de objetos a proteger por el Derecho penal... Aunque la Constitución... no sirva para discriminar los supuestos en los cuales se impone al legislador la tarea de despenalizar al menos en sentido absoluto..., no es menos cierto que pone de relieve aquellos casos en que la tutela penal es improcedente (e ilegal) en relación a determinados bienes excluidos de reconocimiento constitucional, sirviendo, pues..., de criterio discriminador entre sanción penal y administrativa, dotándonos así de una referencia más segura que el de la mera anticipación de tutela, o el de una genérica alusión a los "bienes esenciales" o a lo "disfuncional"". ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: << Bien Jurídico y Constitución >>... *Op. cit.*, Págs., 43-44. Si bien, sostiene MIR PUIG que la legitimidad del Derecho penal y de sus límites no debe detenerse en la Constitución, sino en las "exigencias de nuestro tiempo histórico", pues ésta sólo da una fuerza normativa jurídico-positiva. Así dice: "La legitimidad de ésta [la Constitución] no se deduce de sí misma, sino de que responda a las exigencias de nuestro tiempo histórico. El modelo de Estado social y democrático de Derecho que acoge el art. 1.1 de la Constitución es una opción política cuya legitimidad no procede de su reconocimiento constitucional, sino de un consenso al que en Europa se llegó tras dos siglos de experiencia histórica que pusieron de manifiesto la necesidad de someter el poder estatal a límites jurídicos democrático, como los encarnados en la idea de Estado de Derecho liberal, pero también

1.2.1.- FUNCIÓN SISTEMÁTICA

El Código penal parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito o falta para su clasificación por Títulos en los Libros II y III (delitos contra el honor, delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico...) ³⁰⁴.

la conveniencia de asignar a dicho Estado la función de resolución de problemas sociales (Estado social). Dicho modelo aparecía ya como válido antes de que nuestra Constitución lo reconociera. Por ello lo utilicé como base de legitimación política del Derecho penal ya antes de la Constitución. Sin embargo, es cierto que el reconocimiento constitucional añade a la legitimidad externa del modelo político y sus principios de validez jurídico-positiva. Si la Constitución fuera derogada y sustituida por otra declaradamente antidemocrática, ésta otra carecería de legitimidad para quienes no consideramos admisible un Estado antidemocrático. Podríamos seguir reivindicando un Derecho penal democrático; pero tal reivindicación habría perdido la fuerza normativa jurídico-positiva de la Constitución". MIR PUIG, S.: << El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal >> en *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. MIR PUIG, S., Y QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (DIRS.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. Págs., 70-71. "Ciertamente el bien jurídico, como expresión del objeto de tutela legal, ofrece la clave de interpretación y la base de la formación del Sistema de la Parte Especial, pero no ha de limitarse a cumplir tal función metodológica, aunque a ella se haya reducido prácticamente su historia; el bien jurídico no lo decide el Derecho positivo, sino que, por el contrario, está llamado a *limitar al legislador*: bien jurídico será sólo aquello que merezca ser protegido por la ley penal... El concepto de bien jurídico capaz de limitar al legislador no debe buscarse en la realidad naturalística ni en la valoración subjetivo-moral (no realizable mediante la coacción externa) sino en el terreno de lo social. Bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Pero para evitar una concepción poco respetuosa para con el individuo, que lo contemple solo desde la perspectiva de su utilidad social, conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social. "Posibilidad de participación" no se entiende aquí sólo como posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la esfera de libertad particular por parte de los demás. Para poner un ejemplo extremo: el poder vivir aislado sin necesidad de temer que los demás lo impidan es, según esto, una determinada posibilidad de participación social... Los límites al *Ius puniendi* derivados de su fundamento funcional, esto es, de la necesidad de defensa de la Sociedad... ha llevado a requerir dos clases de límites al poder punitivo. Por una parte, que éste no puede ejercerse más allá de lo absolutamente necesario, lo que se desdobra en los principios de la naturaleza subsidiaria y fragmentaria del Derecho penal. Por otra parte, que la protección penal sólo puede extenderse a los bienes jurídicos. En cuanto éstos se han concebido a partir de las necesidades funcionales de los sistemas sociales, este segundo límite encuentra la necesaria coherencia con el fundamento (funcional) de la necesidad de defensa de la Sociedad. Pero en la medida en que además se refiere el bien jurídico a las posibilidades de participación del individuo, se hace preciso añadir una fundamentación política que parta de un Estado democrático al servicio del ciudadano". MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. 2ª edición. Montevideo, 2003. Pág., 123-124.

³⁰⁴ "El bien jurídico cumple una indiscutida *función sistemática*, que sirve para clasificar los hechos punibles por grupos de delitos..., donde cada agrupamiento tiene, por común denominador y elemento homogéneo de enlace, la lesión (mediante daño efectivo o simple puesta en peligro) de un mismo bien jurídico, sin perjuicio de la existencia de delitos *pluriofensivos*, que ofenden simultáneamente a más de un bien jurídico. La función *sistemática o clasificadora* del bien jurídico es unánimemente aceptada por la doctrina y, naturalmente, se apoya en el supuesto de que el tipo penal describe la lesión evitable de un bien jurídico, realizada a través de un comportamiento humano. Por otra parte, todo a lo largo del derecho comparado, los Códigos Penales utilizan el bien jurídico como principio de organización (*principium individuationem*) de la Parte Especial. Indefectiblemente, la arquitectura de los Códigos se diseña agrupando, por títulos y capítulos, diversas figuras delictivas nucleadas temáticamente, en función de la

1.2.2.- FUNCIÓN DE GUÍA DE LA INTERPRETACIÓN

Una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación (teleológica) podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico³⁰⁵.

1.2.3.- FUNCIÓN DE CRITERIO DE MEDICIÓN DE LA PENA

La mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. Dentro del margen de arbitrio judicial que la ley concede, ello puede servir de base a la concreta determinación de la pena, especialmente cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes de la responsabilidad criminal; supuesto en que según establece el artículo 66.1.6ª del Código Penal, para los delitos dolosos, los Jueces y Tribunales aplicarán la

homogeneidad del bien jurídico protegido en todas ellas”. FERNÁNDEZ, G.D.: *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. Montevideo y Buenos Aires, 2004. Págs., 149-150.

³⁰⁵ “Al lado de la *función político-criminal* (de donde, en último término, resulta la propia legitimación de la norma penal) y de la función *sistemática*, empleada para la clasificación ordenada de los hechos punibles en la Parte Especial, al bien jurídico se le reconoce también una *función dogmática*, la cual incide y se desarrolla en el terreno dogmático interpretativo, al momento de aplicación de la ley. La *función dogmática* significa, pues, el enlace entre el bien jurídico y la teoría de la interpretación; la conexión interna e inescindible entre la teoría del delito y política criminal. Dicha función implica valorar la ofensividad al bien jurídico desde los estratos analíticos de la teoría del ilícito penal; a saber, desde el tipo, el injusto y la culpabilidad... En términos generales, la doctrina penal acepta (pero sin otorgarle mayor desarrollo conceptual) que el bien jurídico rectora la llamada “*interpretación teleológica*”, la comprensión del precepto penal en función del valor social tutelado, de acuerdo a un *paradigma teleológico-racional*. La función dogmática reviste una gran trascendencia, en la medida en que permite avanzar más allá de la mera comprensión exegética y literal de la ley, según el procedimiento dilecto del positivismo jurídico y, en especial, de la escuela técnico-jurídica de derecho penal, pues lleva al intérprete a otro campo de análisis más fecundo, que rebasa si se quiere el estricto análisis semántico del texto punitivo. Sin desdeñar, por cierto, que la herramienta del derecho es el lenguaje y la significación, tampoco puede soslayarse la imprescindible dimensión valorativa”. FERNÁNDEZ, G.D.: *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática... Op. cit.*, Págs., 150-152. “El modelo categorial fundado en la acción ha llevado inevitablemente a plantear como punto nuclear en la determinación de la tipicidad el problema de la relación causal entre la acción típica y el resultado... La alternativa teleológica da un nuevo contenido al injusto y permite distinguir dos esferas diferenciadas en la teoría del delito: la del injusto y la del sujeto responsable. Por ello, con razón se ha planteado que hay que hablar de una teoría del injusto y de una teoría del sujeto responsable. El contenido de los elementos que integran el injusto (tipicidad y antijuridicidad), en la alternativa teleológica está determinado por el bien jurídico, esto es, por la relación social concreta protegida por la norma penal. Será el bien jurídico colocado como referente en la base misma de la teoría del delito el que dará contenido material al injusto”. HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal)...* *Op. cit.*, Págs., 170-171.

pena en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho³⁰⁶.

Pese a estas funciones que desempeña el bien jurídico protegido, en particular la de límite del *ius puniendi*, sostiene SILVA SÁNCHEZ que nadie duda que se está produciendo una fuerte expansión del Derecho penal y que las opiniones divergen acerca de si ello es producto de las necesidades de las sociedades modernas o, por el contrario efecto de la perversidad estatal. Es cierto, desde luego, que están surgiendo nuevos “intereses” sociales; como lo es también la existencia de nuevos riesgos. Por tanto, hay seguramente un espacio de expansión “razonable”. Ahora bien, los ciudadanos viven con una especial angustia, por distintos motivos, la situación de inseguridad. En esa sensación de intensa inseguridad subjetiva se producen, a juicio de SILVA SÁNCHEZ, demandas intensificadas de protección que, apoyadas por los movimientos sociales y la izquierda política, apelan al Derecho penal. La expansión conlleva una desnaturalización: la “administrativización” del Derecho penal. El Derecho penal asume la gestión de macroproblemas: se convierte progresivamente en el “Derecho” de la sociedad de riesgos y del Estado de la prevención. Ello, que es criticable, según SILVA SÁNCHEZ, responde sin embargo a tendencias sociales reales a las que es obligado dar alguna respuesta funcional, racionalizando a la vez al máximo lo que está adquiriendo tintes irracionales. A partir de la necesidad de conectar el grado de

³⁰⁶ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 161-164. “Motivaciones de estricta índole jurídico-penal [se hallan en] la máxima *nulla poena sine lege*, pues la cuantía de la pena conminada valoriza el bien jurídico protegido por el señalamiento de la pena”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito...* Op. cit., Pág., 98. “En concreto, bienes jurídicos defendibles, según el sentir constitucional, serían: a) Los directamente reconocidos a los ciudadanos en el mismo (directamente aplicables los de la sección 1ª, y mediante desarrollo legislativo, los demás). b) Los recogidos en convenciones internacionales incorporadas al derecho vigente en virtud del procedimiento establecido en los artículos 93 a 96 de la Constitución y a los que hace referencia el artículo 10.2 de la Constitución. c) Los tutelados en sí mismos sin referencia personal (salud pública, patrimonio artístico, etc.). d) Los constitucionalmente “integrables”, “homologables” o “asimilables” a los propiamente constitucionales, entre los que han de incluirse los llamados “delitos obstáculos”; esto es: los relacionados con un bien constitucional de manera tal que su lesión supone poner en peligro de manera necesaria e inequívocamente idónea éstos. Esta es una categoría que debe ser utilizada y manejada de manera rigurosa, pues sólo excepcionalmente podrá dispensarse tutela penal a un bien jurídico que no esté expresa o implícitamente contenido en el texto constitucional. Frente a la simple “no incompatibilidad” de estos bienes con la Constitución, propugnamos la “integrabilidad” en la misma del bien jurídico que se pretende tutelar; esto es: su capacidad para ser incluido, “integrado”, de una manera armónica y completa en el sentir constitucional”. GONZÁLEZ RUS J.J.: *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)...* Op. cit., Pág., 41. Vid., NÁJERA GONZÁLEZ, X.: *Importancia de la integración del bien jurídico. La construcción de las normas penales*. Ed. Porrúa, 1ª edición. México, 2007; HEFENDEHL, R. (COORD.): *Die Rechtsgutstheorie. (La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina)*. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2007.

exigencia de garantías con la gravedad de consecuencias jurídicas propone el referido autor un modelo de *dos velocidades*: la limitación radical del Derecho penal de la pena de prisión, junto con la admisión de formas más flexibles de intervención penal con otras clases de sanciones penales. Asimismo alude a la *tercera velocidad*, lo que se conoce como “el Derecho penal del enemigo”³⁰⁷.

³⁰⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. 2ª reimpresión de la 2ª edición. Montevideo, 2008. “Las reflexiones en torno al Derecho Penal (sobre su rol, su función, y su legitimidad misma) están caracterizadas por sus bases consolidadas en un sistema clásico basado en principios tradicionales que sufren ya el peso de la obsolescencia. Conviene anotar que en ningún campo del conocimiento (desde la literatura al arte o de la medicina a las ciencias tecnológicas) se registra este particular fenómeno caracterizado por la absoluta impermeabilidad (o, en su caso, por un particular comportamiento de indiferencia) hacia lo nuevo. Ciertamente, temas como el de la lesión al bien jurídico tutelado por la norma, la función de garantía conexa, o la reeducación del condenado, no representan una novedad en el debate actual y condensan un estancamiento del pensamiento y de la metodología aplicada... La mayor parte de la doctrina contemporánea aún está basada en esquemas tradicionales, es decir, en un sistema clásico enérgicamente estridente para la nueva realidad en la que nos desenvolvemos y con una fuerte resistencia para aceptar líneas constructivas alternativas”. CASTALDO, A.R.: << Tradición y obsolescencia en el Derecho Penal >> en *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. ROMEO CASABONA, C.M., Y GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. (EDITORES); ARMAZA ARMAZA, E.J. (COORD.). Ed. Comares. Granada, 2010. Págs., 27-29. “El desarrollo social y tecnológico... se viene concretando no sólo en mejoras cualitativas y cuantitativas de los sistemas de producción de bienes y servicios. En este sentido, el ya clásico concepto de “sociedad de riesgo”, acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck, da cuenta también de la otra cara de la moneda de este incesante proceso de modernización y en particular, de la aparición o acentuación de riesgos sociales, económicos o industriales ajenos, cada vez más, a los mecanismos de control y tutela del Estado. La potencialidad lesiva de estas nuevas fuentes de riesgo y peligro, la cada vez más ubicua posibilidad de daños sistemáticos e irreversibles que se ciernen indiscriminadamente sobre los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad explican en buena medida (como razones de proporcionalidad) los intentos de adaptación del Derecho, y en particular del Derecho penal, con su estructura aún (parece) defensiva y decimonónica a tales cambios y desarrollos”. ROMEO CASABONA, C.M., Y GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: << Presentación >> en *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. ROMEO CASABONA, C.M., Y GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. (EDITORES); ARMAZA ARMAZA, E.J. (COORD.). Ed. Comares. Granada, 2010. Pág., XI. “Beck ha acentuado que intentamos analizar y solventar los riesgos de la moderna sociedad industrial con métodos y formas de pensar propias del pasado siglo... La sociedad de riesgo exige una minimización en la pérdida de seguridad individual y colectiva, esto es de la inseguridad. La cuestión es: ¿un Derecho penal levantado sobre el principio de culpabilidad individual puede proporcionar ayuda y seguridad para el futuro?... Bajo el prisma de la sociedad de riesgo se buscan por ello, salidas. Una posible salida ofrecería aquí una funcionalización del Derecho Penal. Funcionalización en tanto que, como los nuevos peligros existentes no son aún comprendidos por el Derecho penal actualmente normado, se cubren a través de nuevas formas de sanción y con ello una más amplia incriminación. Los bienes jurídicos a proteger o son bien de carácter desmaterializado, o se anticipa su ámbito de protección. Así se llega a tipos de delito que comprenden sus respectivos márgenes inmediatos. Tampoco los bienes jurídicos protegidos se pueden formular ya sobre el fundamento de intereses individuales. Muchos tipos penales modernos del Derecho penal económico son comprendidos como delitos de peligro abstracto que deben proteger prioritariamente bienes jurídicos universales... Por tanto, se sitúan en un primer plano bienes jurídicos comprendidos de forma más universal mediante el Derecho Penal de la sociedad de riesgo y que se extienden ahora, a los márgenes previos de tipos de delitos existentes hace tiempo. Esta comprensión quiere ajustarse a las exigencias de la sociedad del riesgo mediante una ampliación del Derecho Penal en un paso más, para satisfacer estas específicas exigencias, esto es, lo funcionaliza”. LILIE, H: << Sociedad de riesgo y Derecho Penal >> en *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. ROMEO CASABONA, C.M., Y GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. (EDITORES); ARMAZA ARMAZA, E.J. (COORD.). Ed. Comares. Granada, 2010. Págs., 46-47. “No es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a

una agravación de los ya existentes, que cabe enlazar en el marco general de la restricción, o la "reinterpretación" de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos "bienes jurídico penales", ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que debe referirse con el término "expansión". Tal "expansión" es, por cierto, una característica innegable del código penal español de 1995". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs. 4-5. "No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs., 6-7. "El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado a tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos (de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes), ya al aumento de valor experimentado por alguno de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de *nuevas realidades* que antes no existían (o no con la misma incidencia), y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquellas; así a mero de título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de *realidades tradicionalmente abundantes* y que en nuestros días empiezan a manifestarse como "bienes escasos", atribuyéndoles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. En tercer lugar, hay que contemplar el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico. Entre otros factores". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs., 11-12. "Seguramente existe un espacio de "expansión razonable" del Derecho penal. Aunque con la misma convicción próxima a la seguridad deba afirmarse que también se dan importantes manifestaciones de la "expansión irrazonable"...". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 12. "Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich Beck, es un lugar común caracterizar el modelo social postindustrial en que vivimos como "sociedad del riesgo" o "sociedad de riesgos" (Risikogesellschaft)... la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas... la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural..." SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs., 13-14. "La sociedad postindustrial es, además de la "sociedad del riesgo" tecnológico, una sociedad con otros caracteres individualizadores, que convergen en su caracterización como una sociedad de "objetiva" inseguridad". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 15. "De cualquier manera, más importante que tales aspectos objetivos es seguramente la dimensión subjetiva de dicho modelo de configuración social. Desde esta última perspectiva, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la "inseguridad sentida" (o como la sociedad del miedo)". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 20. "Sea como fuere, el caso es que, en medida creciente, la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta... La solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico "lugar natural" (el Derecho de policía), sino en el Derecho penal. Así puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs., 31-32. "El resultado es desalentador... porque la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión ad

absurdum de la otrora *ultima ratio*... Tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar. Desde luego, en tanto en cuanto se mantenga un modelo más o menos análogo al clásico de garantías y reglas de imputación". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 63. "Dos fenómenos... se muestran como típicos de las sociedades postindustriales: la globalización económica y la integración supranacional... El Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs., 83-84. "La delincuencia de la globalización es económica, en sentido amplio (o, en todo caso, lucrativa, aunque se ponga en peligro otros bienes jurídicos)..." SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 85. "La globalización económica (como salto cualitativo de la internacionalización) es... una de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. En esta medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados" SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs., 88-89. "Los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 90. "El objetivo fundamental del Derecho penal de la globalización es... eminentemente práctico. Se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional, que evite la conformación de "paraísos jurídico penales"..." SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 92. "El Derecho penal de la globalización no es, sin embargo, todo el Derecho penal... se concentra en la delincuencia económica u organizada y en modalidades delictivas conexas con éstas. De ahí que se produzca un cambio significativo en cuanto al modelo de delito que sirve de referencia a la construcción dogmática: en lugar del homicidio del autor individual se trata, por ejemplo, de abordar actos de corrupción realizados por una empresa que, a su vez, comete delitos económicos. A partir de tal constatación, se produce una importante disyuntiva: o bien se acomete una *sectorialización* de las reglas de la Parte General del Derecho penal, o bien se asume que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo. Lo primero, que vendría a configurar lo que de modo gráfico puede expresarse como "*Derecho penal de dos velocidades*", significa en realidad la renuncia a la teoría del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal (y, en esa medida, aparentemente un retroceso); pero lo segundo, por su parte, supone la desactivación del sistema general de reglas configurado, con una más que obvia vocación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, en particular por referencia al homicidio. Plantada así la disyuntiva, debe a mi juicio optarse matizadamente por lo primero". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 95-96. "En definitiva cabría hablar de dos velocidades en el marco del Derecho penal: la primera se correspondería con el sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, donde deben mantenerse todas las reglas de imputación y principios procesales llamémoslos "clásicos". La segunda velocidad, vendría constituida por las infracciones en las que se impondrían otra clase de sanciones, donde cabe proceder a flexibilizar las reglas de imputación. Tal construcción tendría frente al Derecho administrativo sancionador la ventaja de una mayor neutralidad política y, al tiempo, la de la satisfacción de la demanda social de una respuesta penal a los nuevos problemas... La rigidez de los principios de garantía tradicionalmente vigentes en Derecho penal se hallarían en relación con el hecho de que sus consecuencias jurídicas fueron tradicionalmente las penas de muerte y corporales, y aún hoy una pena tan íntimamente vinculada al ser de la persona como lo es la privativa de libertad". GÓMEZ TOMILLO, M.: << La tendencia político criminal a la despenalización >> en *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. GÓMEZ TOMILLO, M., Y SANZ RUBIALES, I. Ed. Aranzadi, 2ª edición. Navarra, 2010. Págs., 53-54. "Frente a los fenómenos... que redundan en una progresiva expansión del Derecho penal, hay quien aboga por una vuelta al Derecho penal liberal, un Derecho ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía. La intención que guía esta propuesta es, sin duda, la de recuperar su configuración como un Derecho estricto de garantías de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Sin embargo... en esa pretensión se dan elementos no sólo anacrónicos,

sino precisamente ucrónicos... Otros, sin llegar a proponer una radical reducción del Derecho penal a la protección de la vida, la salud, la libertad y el patrimonio, sí parecen sugerir que la mayor parte del fenómeno expansivo del Derecho penal habría de ser, sin más, reconducido al Derecho administrativo sancionador". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs., 165-166. Concluye SILVA SÁNCHEZ que, "por un lado..., resultará difícil frenar una cierta expansión del Derecho penal, dada la configuración y aspiraciones de las sociedades actuales. Por otro lado, que la teoría del delito clásica y las instituciones procesales que son reflejo a su vez de la correspondiente vocación político-criminal de garantía propia del Derecho nuclear de la pena de prisión no tendrían que expresar idéntica medida de exigencia en un Derecho penal moderno con vocación intervencionista y "reglamentadora" basado, por ejemplo, en las penas pecuniarias y privativas de derechos, así como tampoco en un eventual Derecho penal de la reparación. A todo ello puede hacerse frente desde una configuración dualista del sistema del Derecho penal, con reglas de imputación y garantía a dos niveles... Estimando improbable (quizá imposible) una despenalización, sí se propone que las sanciones penales que se impongan allí dónde se han flexibilizado las garantías no sean penas de prisión. Ello tiene dos consecuencias. Por un lado, ciertamente, admitir las penas no privativas de libertad, como mal menor dadas las circunstancias, respecto a las infracciones en las que se han flexibilizado los presupuestos de atribución de responsabilidad. Pero sobre todo, exigir que allí donde se imponen penas de prisión, y especialmente penas de prisión de larga duración, se mantenga todo el rigor de los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 174-175. "El Derecho penal, dentro de su unidad sustancial, contiene dos grandes bloques de ilícitos. El primero, el de los conminados con penas de prisión. El segundo, el de los que se vinculan a otro tipo de sanciones. Sentado esto, no parece que exista razón alguna para que el Derecho penal de la pena de prisión deba alejarse del modelo liberal en cuanto a reglas de imputación y garantías político-criminales. La gran trascendencia de la sanción más bien abona la tesis contraria. Ahora bien, también es cierto, como se ha indicado, que la demanda social de protección a través del Derecho penal probablemente no se vería resuelta de un modo funcional con un Derecho penal reducido a su núcleo duro. La ordenada respuesta a la demanda punitiva debe, pues, seguramente resolverse a través de una ampliación del Derecho penal en orden a la protección de intereses que no pertenecían a su ámbito clásico de aplicación. A su vez, es más que probable que tal expansión flexibilice reglas de imputación y principios de garantía; pues, dada la naturaleza de los intereses objeto de protección, dicha tutela sería prácticamente imposible en el marco de las reglas y principios clásicos. Todo ello no se cuestiona sustancialmente, siempre que tenga lugar en el marco general de lo necesario en términos de prevención de integración y de mantenimiento del máximo nivel de garantías posible en cada caso. Sí se pretende subrayar, en cambio, que esa ampliación del Derecho penal (de la que se parte como dato constatado) no puede basar su requerida fuerza comunicativa en la imposición de penas privativas de libertad". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Pág., 177-178. "En la construcción del Derecho penal de segunda velocidad subyace un cierto pragmatismo jurídico, conforme al cual cuanto menos grave es la sanción, con menor rigor deben plantearse las garantías". GÓMEZ TOMILLO, M.: << La tendencia político criminal a la despenalización >>... Op. cit., Pág., 60. "Lo específico del Derecho penal vigente en nuestro ámbito cultural es, sin duda, la sanción de privación de libertad... éste es el único tipo de sanción que no puede imponer la Administración (al menos en el sistema español)... Cabría que un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías político-criminales. La característica esencial de dicho sector seguiría siendo la judicialización (y la consiguiente máxima imparcialidad), a la vez que el mantenimiento del significado "penal" de los injustos y de las sanciones, sin que éstas, con todo, tuvieran la repercusión personal de la pena de prisión... Así, se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión. Por contra, a propósito del Derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación... como también de los principios político-criminales". SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs., 178-180. "La propuesta de renunciar a la pena de prisión en el Derecho penal de segunda velocidad choca con la idea de que normalmente se encontraría integrado tal Derecho por figuras de delincuencia socioeconómica o de cuello blanco, cuando parece claro que, precisamente, donde la pena de prisión posee una eficacia preventiva superior es en ese contexto". GÓMEZ TOMILLO, M.: << La tendencia político criminal a la despenalización >>... Op. cit., Págs., 63-64. Concluye su obra SILVA SÁNCHEZ concretizando las dos velocidades del Derecho penal, cuestionándose acerca de la admisibilidad de una

1.3.- El bien jurídico en los delitos del Título XIII del Libro II del Código Penal. “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”

Los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se regulan en el Título XIII del Libro II del Código Penal. Después de los delitos contra la vida y la integridad física, la libertad, el honor y las relaciones familiares, dentro de un orden natural de prioridades, se dispone la defensa de la propiedad, como bien jurídico reconocido constitucionalmente en el capítulo de los derechos y libertades (art. 33 CE), reuniendo en un mismo Título ambos grupos de delitos, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico³⁰⁸.

“tercera velocidad”, y definiendo el “enemigo”, al decir: “Una primera velocidad, representada por el Derecho penal “de la cárcel”, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una “tercera velocidad” del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales...* Si tenemos en cuenta la existencia al menos de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado... es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable. La cuestión anterior guarda estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por Jakobs, “Derecho penal del enemigo” (Feindstrafrecht), que se contrapone al de los ciudadanos (Bürgerstrafrecht)... El enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o principalmente, mediante su vinculación a una organización ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales... El tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas”. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales...* Op. cit., Págs., 183-185. “El Estado de seguridad... sustituye las políticas sociales, económicas y culturales, por la política criminal, otorgándole a ésta un papel que no puede cumplir y que se convierte en un simple espejismo frente a la sociedad, la cual por consiguiente, al comprobar su ineficacia, reacciona pidiendo más seguridad y el Estado de seguridad responde acentuando una política criminal represiva. Dentro de esta línea de pensamiento se llega... en los planteamientos doctrinarios al Derecho penal del enemigo, y por consiguiente al abandono de los fundamentos básicos de un Estado social y democrático de Derecho”.

BUSTOS RAMÍREZ, J.: << Seguridad ciudadana y seguridad jurídica >> en “*Universitas Vitae*”. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero. PÉREZ ÁLVAREZ, F. (EDITOR); NÚÑEZ PAZ, M.A., Y GARCÍA ALFARAZ, A.I. (COORDS.). Ed. CISE (Ciencias de la Seguridad de la Universidad de Salamanca) y Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª edición. Salamanca, 2007. Pág., 96.

³⁰⁸ Ubicado en el Título I.- *De los derechos y deberes fundamentales*, Capítulo II.- *Derechos y libertades*, Sección segunda.- *De los derechos y deberes de los ciudadanos*, dispone el artículo 33 de la CE: “33.1.- Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2.- La función social de estos derechos

En el referido Título junto a los intereses patrimoniales en sentido estricto (propiedad, posesión, algunos derechos reales y obligacionales) se protegen también otros de carácter más amplio, que al igual que el patrimonio tienen una connotación económica, pero que más que a las personas individualmente consideradas se refieren a un orden económico con trascendencia social. El Título XIII del Libro II unifica, pues, bajo una misma rúbrica y regulación, dos grupos de delitos que, sin embargo, carecen de características comunes que justifiquen un tratamiento legal conjunto³⁰⁹.

delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3.- Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes". "Es un lugar común el considerar la propiedad y lo patrimonial como uno de los derechos inherentes a la persona humana, llagándose incluso por no pocos antropólogos y etnógrafos a incluirlo en la categoría de lo natural e instintivo, que se denota en el niño de más corta edad y, según algunos zoólogos, como Brehm, en las especies animales. Sea de ello lo que quiera..., lo cierto es que en todo tiempo y lugar ha merecido y merece el patrimonio un destacadísimo lugar en la escala de valores a proteger mediante el ordenamiento jurídico, y también por el penal, como la forma más eficaz, bien que la más rudimentaria. En muchas ocasiones tal protección fue llevada a cabo con mayor dureza que la debida a la propia vida, lo que suele acontecer, aunque no siempre, en los sistemas primitivos, no sólo en el tiempo, sino en el correlativo estudio cultural, cuando la rudeza de las costumbres otorga escaso valor a la seguridad de las personas". QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo II.- Infracciones patrimoniales de apoderamiento*. Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 2ª edición puesta al día por CARLOS GARCÍA VALDÉS. Madrid, 1977. Págs., 33-34. "Los delitos patrimoniales y los delitos contra el orden socioeconómico están situados, sistemáticamente, en el Nuevo Código [el de 1995], dentro del ámbito de los delitos que, doctrinalmente, han venido llamándose delitos contra las personas. Si bien, dentro de éstos, en su última escala de valoración jurídica, detrás de las figuras típicas tuteladoras de los derechos individuales fundamentales, y a continuación de los delitos que hacen referencia a las relaciones familiares". HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2000. Pág., 29.

³⁰⁹ "Desde que se hizo público el Proyecto de Código Penal de 1980, primero de la historia penal española que contenía un Título en cuya rúbrica se incluía expresamente los delitos económicos, una tempestad de críticas en pro y en contra de esta especie de delitos se desató en los ámbitos doctrinales. Paulatinamente, las opiniones de aquellos que abiertamente proclamaban que se trataba de normas superfluas e innecesarias, pues todo tenía cabida en una correcta, aunque ignorada, interpretación del Código penal en vigor, fueron perdiendo fuerza y mostrando su enorme debilidad, que se plasmaba en una idea precisa: en contra de lo pretendido por sus ensalzadores, el Código hasta ahora vigente era incapaz de afrontar las necesidades sociales en relación con las distintas manifestaciones de las relaciones patrimoniales, obligacionales, económicas, y todo lo que implica la economía de mercado. Sólo un voluntarismo de incomprensible fundamento podía aferrarse a la tesis contraria a la inclusión de un grupo de delitos económicos". QUINTERO OLIVARES, G.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.). Ed. Aranzadi. Thomson Reuters, 9ª edición, Navarra 2011. Pág., 613. "El Título XIII del Código Penal, siguiendo el criterio inaugurado por el Proyecto del Código Penal de 1992, incluye en un mismo Título los delitos patrimoniales y económicos. Si bien nada se explicita al respecto en la Exposición de Motivos, anormalmente sucinta para la envergadura e importancia de la Ley 10/95, de 23 de noviembre, puede aventurarse, razonadamente, que es la misma que animó al prelegislador de 1992. A saber, que existe una zona mixta en la que confluyen valores de signo patrimonial-individual, y de sentido económico-colectivo, se trata, en definitiva, de un conjunto de delitos en los que no es posible otorgar uno sólo de esos caracteres, dada la pluralidad de bienes jurídicos potencialmente afectados, y así sucede, en efecto, con determinadas insolvencias fraudulentas, delitos relativos a la propiedad intelectual o industrial o fraudes a los consumidores. En todo caso, resulta preferible la denominación "Delitos contra el Patrimonio", frente a la anterior "Delitos contra la

Los delitos contra el patrimonio son infracciones de raigambre histórica, con antecedente inmediato en los “*delitos contra la propiedad*” del Título XIII del Libro II del Código Penal (Texto Refundido) de 1973, y con los que se protegen intereses económicos individuales. Los delitos contra el orden socioeconómico están conformados por figuras delictivas de menor tradición histórica, con los que se pretenden proteger intereses económicos supraindividuales, colectivos o sociales.

El legislador ha dejado sin resolver cuáles de los delitos contenidos en el Título XIII son reconducibles al ámbito patrimonial y cuáles al orden socioeconómico. Sistemáticamente, en el Código Penal la línea fronteriza entre unos y otros se sitúa en las disposiciones comunes del Capítulo X, en cuyo art. 268 parece calificar de “delitos patrimoniales” a los recogidos en los anteriores (Capítulos I-IX), y como “delitos contra el orden socioeconómico” a los comprendidos en los posteriores (Capítulos XI-XIV). Si bien, habrá que estar al examen de cada caso concreto, para determinar si estamos ante un delito patrimonial o socioeconómico, pues tal clasificación sistemática es simplemente orientativa, ya que en los nueve primeros capítulos hay hechos con incidencia en intereses socioeconómicos (insolvencias punibles). Y a la inversa, en los cuatro últimos capítulos hay delitos que obedecen más a una estructura de carácter patrimonial que socioeconómica (los relativos a la propiedad intelectual)³¹⁰.

Propiedad””. GIMÉNEZ GARCÍA, J.: << El delito de hurto. Elementos comunes con el robo >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2004. Págs., 57-58.

³¹⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición. Valencia, 2013. Págs., 350-351 y 453-454; CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*. Ed. Bosch, 1ª Edición. Barcelona, 2010. Págs., 227-228; MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.). Ed. Colex, 2ª edición. Madrid, 2013. Págs., 303-309; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 19.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011. Págs., 411-413; VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Lección XVIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general >> en *Derecho Penal. Parte Especial. Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010*. VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., [ET AL.]. Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición. Valencia, 2010. Págs., 355-356; y BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I. Delitos contra bienes jurídicos individuales*. Ed. J.M. Bosch editor. Barcelona, 2005. Págs., 407-409. “En otros lugares del Código, hay también otros delitos que, sin estar recogidos en el Título XIII, pueden afectar más o menos directamente a los intereses patrimoniales y socioeconómicos, como por ej., algunos delitos de falsedades documentales (arts. 392, 393, 396, Título XVIII), cuya diferenciación con las estafas es a veces difícil por su estrecha relación con las mismas; y otros delitos que afectando a intereses patrimoniales, por la cualidad del sujeto que los

1.3.1.- TEORÍA SANCIONATORIA VS. TEORÍA AUTÓNOMA DEL DERECHO PENAL. MÉTODO EXEGÉTICO-EXPERIMENTAL

En los delitos patrimoniales en general, y en los delitos de usurpación en particular, nos encontramos muchas veces con términos usados en otras ramas del Derecho, especialmente en el Derecho privado. Ello ha motivado en la doctrina una polémica en torno a cómo deben ser entendidos dichos conceptos, si en el sentido originario que ostentan en el Derecho privado, limitándose el Derecho penal a sancionarlos (*teoría sancionatoria del Derecho penal*); o bien de modo independiente, con un significado distinto al que tienen en otras ramas del Derecho (*teoría autónoma del Derecho penal*).

La primera teoría parte del carácter sancionatorio del Derecho penal, dejando a la exclusiva competencia del Derecho civil la determinación del significado de los términos que se refieren al Derecho privado. No considera, por tanto, las exigencias particulares del Derecho penal, que obstaculizan la recepción pura y simple de los conceptos delineados en el Derecho privado. Pero tampoco la otra teoría es convincente, porque no puede afirmarse *a priori* que los conceptos elaborados en otras ramas del Derecho no tengan ninguna validez para el Derecho penal³¹¹.

realiza y por afectar a la gestión del erario público se incluyen en un título especial, así por ej., la malversación de fondos o los fraudes y exacciones ilegales (cfr. arts. 432 ss., Título XIX). Pero la afectación de otros bienes jurídicos más específicos obliga a tratarlos en relación con ellos, separadamente de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. También se deben estudiar separadamente los delitos contra el orden público económico..., que protegen la intervención del Estado en la economía, a través de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, que constituyen bienes jurídicos autónomos con características propias, reguladas en el Título XIV”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 351. HERRERO HERRERO, integra dentro del ámbito de los *delitos patrimoniales*, las figuras siguientes: hurto, robo, extorsión, robo y hurto de uso de vehículos, usurpación, estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico y análogas, daños, y receptación. Y como *delitos contra el orden socioeconómico*: insolvencias punibles, alteración de precios en concursos y subastas públicas, delitos relativos a la propiedad intelectual, a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, delitos societarios, “lavado” de capitales o bienes procedentes de delito grave, delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, monetarios y contrabando. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Págs., 40-41.

³¹¹ “La corriente civilista implica postular una convergencia de conceptos allí donde solamente existe una convergencia terminológica; la autonomista presume que hay una divergencia en donde puede existir una plena concordancia. Ambas posiciones conducen a una interpretación apriorística a partir de las premisas de origen, eludiendo el significado concreto que pueda deducirse de cada tipo penal. El camino adecuado

Se trata de un problema de interpretación que se debe resolver caso por caso. De método exegético-experimental lo califica HUERTA TOCILDO. El punto de partida debe ser la aceptación de esos conceptos tal como vienen elaborados del Derecho privado. Es necesario; sin embargo, que tales nociones sean de nuevo examinadas a la luz de las normas jurídicas penales y comprobar las consecuencias que se derivan de su aplicación. Si de dicho examen resulta que la completa y rigurosa aplicación de los conceptos privatísticos lleva a resultados que están en oposición con la finalidad asignada a las normas penales y a las propias exigencias del Derecho penal, deben realizarse en dichos conceptos las modificaciones que sean indispensables para evitar los resultados citados. Operándose así no se invade el campo del Derecho privado y se evitan las confusiones terminológicas que tanto dificultan la solución de los problemas jurídicos³¹².

indica que debe utilizarse un método inductivo que es el propio conocimiento científico general”. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación. (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*. Ed. PPU, S.A. (Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.), 1ª edición. Barcelona, 1994. Pág., 56.

³¹² HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Ed. Civitas, 1ª edición. Madrid, 1980. Págs., 23-25; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Págs., 351-352. “Situado el tema en sede de interpretación, el método más seguido por la doctrina penal es el denominado “exegético-experimental”, mediante el cual, a partir de las categorías elaboradas por el Derecho civil, ha de procederse a una interpretación de carácter teleológico a la luz de los fines perseguidos por el Derecho penal, adaptando aquéllas a éstos en caso de conflicto... La averiguación de la *ratio legis* no es, sin embargo, fácil en muchos casos, por lo que la concreción del fin perseguido vendrá dada por la interpretación que se haga de los elementos del tipo, entre los cuales, en los supuestos que nos ocupan, estarán ínsitos institutos de Derecho civil. De esta manera se entra en un verdadero círculo vicioso: el significado de los términos depende del fin perseguido por la norma, y la determinación de éste, a su vez, está condicionada por el sentido de los términos. Ante ello, la única salida posible es la de proceder no a una mera interpretación teleológica, sino a un análisis de la completa estructura del precepto que contemple, conjuntamente, elementos estructurales y función, operando hipotéticamente hasta tanto que ambos no aparezcan cohesionados. Sólo así, y caso por caso, podrá concluirse si el instituto en cuestión, a pesar de ser propio del Derecho civil, debe o no ser trasplantado sin variación al ámbito penal”. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Ed. Civitas, 1ª edición. Madrid, 1980. Págs., 23-25. “La terminología del Derecho privado (cosa, mueble/inmueble, propiedad, posesión, propio/ajeno), en principio, sin más, no pueden ser de aplicación directa al Derecho penal. Y no porque el Derecho penal proclame una autonomía conceptual respecto de otras ramas del Derecho (pretensión que carece de base), sino porque el objeto de protección jurídico-penal, tanto por ser el ordenamiento criminal *ultima ratio* como por ser de carácter fragmentario, deviene tal objeto de protección desde perspectivas diferentes de las que es contemplado, normalmente como un todo, en el sector del ordenamiento donde despliega sus características propias”. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*. Ed. Atelier Libros Jurídicos, 6ª edición. Barcelona, 2010. Pág., 416. “El Derecho Penal no es meramente sancionador, sino que, junto con la sanción que le es propia, contiene también una valoración en virtud de la cual establece sus propios presupuestos. La autonomía del Derecho Penal no es, sin embargo absoluta, puesto que el ordenamiento jurídico forma una unidad y todas sus ramas concurren a la determinación de los bienes e intereses reconocidos en él como legítimos, así como a su distribución y protección. Desde tal punto de partida ha de sostenerse, de un lado, que allí donde los preceptos penales utilizan términos que tienen un significado determinado en el ámbito civil o mercantil, habrá de tomarse en consideración para

1.3.2.- PATRIMONIO O PROPIEDAD

El legislador cambia la rúbrica del Título XIII del Libro II del Código Penal derogado (Texto Refundido de 1973), que rezaba “De los delitos contra la propiedad”, por la de “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.

Con respecto a la propiedad o patrimonio, la Constitución hace referencia a la propiedad (art. 33 CE). El Código civil utiliza con mucha más frecuencia el término propiedad que el de patrimonio, término éste que sólo aparece de forma excepcional. El Código Penal, dentro del Título XIII utiliza también el término propiedad, al tipificar la alteración de términos o lindes (art. 246), daños (art. 263), delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y ss.), los delitos contra la propiedad industrial (arts. 273 y ss.), receptación y blanqueo de capitales (art. 301.2 “... derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos...”, y en el derogado art. 299 “con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad...”, cuando esta referencia no aparecía en el Libro III, pues el Título II de éste trataba de las “faltas contra el patrimonio”)³¹³.

precisar el sentido del precepto penal; y, de otro, que el significado de los términos en que el ámbito del Derecho privado no determina el sentido que quepa atribuirles a la hora de interpretar las normas penales: el Derecho Penal puede utilizar términos propios del Derecho privado otorgándoles un significado peculiar, especialmente punitivo”. CÁCERES RUIZ, L.: *Delitos contra el Patrimonio. Aspectos penales y criminológicos. Especial referencia a Badajoz*. Ed. Visión Net. Madrid, 2006. Pág., 20. “Hoy en día, sin embargo, se critica el apriorismo en que incurren tanto la corriente civilista [(concepción privatista dependiente del Derecho Penal)] como la autonomista [(concepción autonomista pura)] y se defiende mayoritariamente una tercera corriente que busca el significado de los términos empleados en Derecho Penal en base a una interpretación fundamentalmente teleológica de los concretos tipos penales... Se reconoce, por tanto, que la autonomía del Derecho Penal no es absoluta, por la necesaria coordinación del ordenamiento jurídico, que debe conducir a que todas sus ramas concurren a la determinación de los bienes e intereses reconocidos en él como legítimos, así como a su distribución y protección... Por ello, aunque se descarta una accesoriedad extrema..., lo adecuado es tomar en consideración el correcto significado que el término que se quiere analizar pueda tener en el ámbito civil o mercantil, sin que ello suponga una definitiva aceptación, pues inmediatamente habrá de verificarse si este significado se adapta o no a los fines perseguidos por el Derecho Penal. En definitiva, estamos ante un problema de interpretación”. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación. (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*... *Op. cit.*, Págs., 55-56.

³¹³ SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial. II (1) Delitos contra el Patrimonio*. Ed. Dykinson. Madrid, 1996. Pág., 346. Dos de los cuatro Libros que componen el Código Civil se ocupan de la propiedad. Así, el Libro II del Código Civil lleva por rúbrica, “De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones”; y el Libro III, “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”. El artículo 348 la define: Artículo 348.- “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”. CUELLO CALÓN ya admitía lo inexacto de la designación delitos contra la propiedad, al decir: “las infracciones reunidas bajo este epígrafe no están integradas solamente por hechos dirigidos

Sostiene CÁCERES RUIZ que el cambio que supuso abandonar la vieja rúbrica “De los delitos contra la propiedad”, para adoptar la más exacta y profusamente utilizada por la doctrina anterior a la reforma de “Delitos contra el patrimonio” (a los que el Código Penal de 1995 yuxtapuso “y contra el orden socioeconómico”), obedece a la inadecuación del concepto civil de propiedad, por muchas matizaciones que le introdujera la interpretación penal, para abarcar los intereses tutelados en todo el Título XIII del Libro II, en el que se protegen otros derechos en sentido civil como la posesión, o los derechos de crédito. De esta suerte, la referencia penal al patrimonio está en la línea de recoger el ámbito de intereses protegidos de manera más acorde con el significado que le otorga la legislación civil. Es decir, si lo protegido por uno y otro ordenamiento no fuera lo mismo, o si la autonomía de la terminología penal fuera absoluta, no habría inconveniente en que el Código Penal utilizase el término “propiedad” o cualquier otro, proporcionándole un significado absolutamente autónomo; si unánimemente se reconoce la mayor exactitud del concepto de patrimonio, es porque lo protegido en este Título coincide más con lo que el Derecho civil considera intereses patrimoniales³¹⁴.

contra el derecho de propiedad, sino también contra la posesión, hasta en su forma más rudimentaria de mera tenencia de las cosas, y aun contra derechos reales (*iura in re*) y en ciertos casos contra derechos de obligación (*iura in persona*). Así la expresión “propiedad” debe entenderse aquí en un amplio sentido, como comprensiva de los derechos que integran el patrimonio económico”. CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Tomo II (Parte Especial). Volumen segundo*. Ed. Bosch, 14ª edición, revisado y puesto al día por CESAR CAMARGO HERNÁNDEZ. Barcelona, 1980. Pág., 834.

³¹⁴ CÁCERES RUIZ, L.: *Delitos contra el Patrimonio. Aspectos penales y criminológicos. Especial referencia a Badajoz...* Op. cit., Págs., 19-20. “La rúbrica genérica de “delitos contra la propiedad”..., se mostraba insuficiente para referirse a la objetividad jurídica de todos los tipos penales en él comprendidos ya que la mayoría de las infracciones no exigían la violación del derecho de propiedad en su sentido estricto, tal y como se concibe privatísticamente, según el sentido del art. 348 del Código Civil. En efecto los denominados delitos contra la propiedad no presuponían en todo lugar el ataque al derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Así, junto a la propiedad eran castigadas conductas atentatorias contra la posesión y mera tenencia de las cosas..., o la titularidad de otros derechos reales distintos a la propiedad. Por ello, surgieron interpretaciones que consideraban al término “propiedad” en un sentido bien diferente a su formulación jurídico-positiva, interpretación forzada por la evidente finalidad de admitir la diversidad de tipos que se relacionaban en el mentado Título XIII y que, con una visión más amplia, intentaban redefinir el concepto de propiedad... Por tales motivos y por la manifiesta insuficiencia del concepto de propiedad para aglutinar la diversidad de conductas comprendidas en el Título XIII, hubo de adoptarse un concepto capaz de enlazar las relaciones jurídicas, aun teniendo presente las dificultades para encontrar un denominador común. De este modo, el único concepto capaz de alcanzar el cometido propuesto no era otro que el de “patrimonio”... La transposición del concepto al campo penal, permitía obtener mejores resultados que el tradicional empleo del término “propiedad”, si bien se hacía necesario complementario con otra denominación [(orden socioeconómico)] que abarcara la totalidad de las infracciones de referencia”. ROBLEDÓ VILLAR, A.: *Delitos contra el Patrimonio y el Orden socioeconómico. Comentario a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal*. Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., 1ª edición. Barcelona, 1997. Págs., 8-9. “La referencia al “patrimonio” resulta mucho más exacta que la tradicional a la “propiedad”, con la que difícilmente podría

El cambio de denominación (“delitos contra la propiedad” por “delitos contra el patrimonio”) se debe, pues, a un progreso técnico ya que como afirma QUERALT JIMÉNEZ, la calificación de delitos contra la propiedad no era del todo exacta, y llevó a la doctrina a planteamientos mucho más realistas y que permitieran englobar bajo una haz común las infracciones allí agrupadas. Se produjo una dilatación del término propiedad para englobar la protección de ciertos derechos reales sobre las cosas, ciertos derechos de crédito y el derecho a no sufrir posiciones de abuso. Al sobrepasar esta heterogénea colección de supuestos lo que técnicamente puede entenderse por propiedad, el legislador varió el *nomen* que agrupaba a tales infracciones considerándolas como atentados contra el patrimonio³¹⁵.

explicarse, por ejemplo, la punición del propietario que sustrae una cosa a su legítimo poseedor (art. 236)”. LÓPEZ GARRIDO, D., Y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Ed. Eurojuris. Madrid, 1996. Pág., 130. “A pesar de la reestructuración parcial de la sistemática de los delitos patrimoniales..., y el cambio de denominación (anteriormente delitos contra la propiedad), el modelo de regulación de los delitos patrimoniales permanece en esencia inalterado. Así, el cambio de denominación no hace sino reconocer el parecer doctrinal que proponía dicha sustitución por considerar que la referencia a lo patrimonial refleja de forma más acertada el contenido del título, pero la nueva fórmula no implica una reinterpretación unívoca de los delitos contenidos en el mismo”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XIII.- Las defraudaciones (I). Las Estafas >> en *Compendio de Derecho Penal. (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1998. Pág., 341.

³¹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 415. “Con relación al uso de una u otra denominación o terminología se han formado varias corrientes: a) La de quienes defienden la expresión “delitos contra la propiedad”, tanto desde el punto de vista doctrinal como legislativo; b) La de los que estiman más adecuada la denominación “delitos contra el patrimonio”; y c) La de aquellos que desechan ambas por considerarlas inadecuadas e impropias. El primer criterio ha sido defendido invocando, fundamentalmente, la tradición jurídico penal, alegándose que el concepto “propiedad” se usa, dentro de nuestra disciplina con una connotación amplia comprensiva de otros derechos tanto reales como personales... Otros, desde un punto de vista más realista hablan de “delitos contra el patrimonio” tomando en consideración que no todos los actos descritos en la ley bajo aquél título [delitos contra la propiedad] atacan a la propiedad sino más bien “a la relación económica del hombre con las cosas”... La expresión “delitos contra el patrimonio” podría impugnarse por tener el inconveniente del exceso..., [ya que] los delitos bajo ese título en realidad no lo son contra el patrimonio, que abarca derechos y obligaciones, sino contra la parte activa del mismo... La designación... “Delitos en contra de las personas en su patrimonio” [es] certera y clara [pues] la misma nos recuerda que las personas tanto físicas como morales, pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones..., y también nos hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino, en general, la salvaguarda jurídica de cualesquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de una persona. En otros palabras... los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que puedan ser estimables en dinero, o sea que formen su activo patrimonial, ya que el patrimonio es “el conjunto de derechos y de cargas de un apersona, apreciables en dinero”... Existe una liga íntima entre la persona y el patrimonio. La noción de patrimonio es inseparable de la noción de la persona en derecho... Los atentados que enumera el Título que estamos comentando no se cometen lesionando una entidad abstracta, como lo es el patrimonio aisladamente considerado, sino que se realizan directa y únicamente contra las personas, salvo que en sus bienes patrimoniales”. PAVÓN VASCONCELOS, F.: *Delitos contra el patrimonio. (Comentarios de Derecho penal)*. Ed. Porrúa, S.A., 7ª edición. México, 1995. Págs., 17-21. “Los Códigos modernos prefieren la

1.3.3.- CONCEPTO DE PATRIMONIO

Para poder determinar el bien jurídico protegido en este Título XIII del Código Penal, se debe partir de la rúbrica del mismo, que en este caso reza: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. Con esta denominación se colige que el legislador trata de proteger, mediante las conductas que tipifica, el patrimonio y el orden socioeconómico. Sin obviar que el orden socioeconómico más que un bien jurídico es una dimensión social más amplia de los intereses económicos que subyacen al concepto de patrimonio, vamos a definir ambos conceptos³¹⁶.

La determinación del concepto jurídico-penal de patrimonio no es baladí. De ello depende el criterio que haya de adoptarse para decidir la consumación del delito, que en los “estrictos” delitos patrimoniales exige la constatación de una lesión para ese bien jurídico (patrimonio) y, por lo tanto, no cabe acudir a un concepto meramente jurídico de patrimonio, que despreciara lo material, ni meramente económico, que ignorase derechos y obligaciones, sino, como hace la doctrina dominante utilizar un concepto mixto económico-jurídico: bienes y derechos de contenido patrimonial puestos

denominación de delitos contra el *patrimonio*”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Dykinson, 18ª edición. Madrid, 1995. Pág., 370.

³¹⁶ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 352. “Esto no quiere decir que los delitos que puedan incidir más en ese orden socioeconómico tengan un bien jurídico común diferente, o una naturaleza completamente distinta a la de los delitos contra los valores patrimoniales individuales... La tendencia a la creación de un Derecho penal económico no debe hacernos olvidar que el bien jurídico en la mayoría de estos delitos es de carácter personal, por más que su trascendencia en intereses económicos de carácter social deba ser tenida también en cuenta en la reformulación de algunos tipos delictivos patrimoniales o en la creación de nuevas figuras de delitos capaces de captar esa dimensión socioeconómica”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 350. “Por lo que respecta al orden socioeconómico... supone tan sólo una referencia genérica tanto a la protección del interés público en el adecuado funcionamiento de la economía de mercado, como en una planificación general de ésta por el Estado... Partiendo de la idea del Estado social, cobra especial relevancia la denominada “política social y económica” con sus principios rectores que definen una obligación de protección del Estado respecto al ciudadano, pero también la protección social y económica de la familia, los derechos económicos y sociales del trabajador, la cultura, medio ambiente y otros muchos, que conforman valores que una sociedad democrática debe de tutelar y proteger. En este orden de cosas, el Derecho penal no permanece ajeno y con el CP de 1995, el legislador penal español, por primera vez, considera de *lege lata* unos tipos delictivos bajo la rúbrica de delitos socioeconómicos, si bien no llega a diferenciarlos de los delitos patrimoniales propiamente dichos”. ROBLEDÓ VILLAR, A.: *Delitos contra el Patrimonio y el Orden socioeconómico. Comentario a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal...* Op. cit., Págs., 12-13.

a disposición de una persona bajo la tutela del derecho. Podemos, pues, distinguir tres concepciones diferentes de patrimonio³¹⁷.

A) Concepción jurídica

Es una concepción puramente formalista. Lo importante es la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa. El patrimonio está integrado por el conjunto de derechos patrimoniales de una persona. Esta teoría plantea en primer lugar el problema de determinar qué derechos han de ser calificados de patrimoniales. En segundo lugar plantea el problema de que el objeto de protección de los delitos comprendidos en el Título XIII incluiría la pérdida de bienes o derechos sin valor económico, ampliando desmesuradamente el concepto típico de perjuicio patrimonial. El perjuicio se concibe en términos puramente formales, como pérdida jurídica³¹⁸.

B) Concepción económica

Es una concepción puramente fáctica (parte de los presupuestos contrarios a la anterior teoría, pues lo importante no es la relación del sujeto con el objeto, sino que éste tenga un valor económico). Atiende al poder fáctico del sujeto, y al valor económico de los bienes o situaciones. El patrimonio es el conjunto de valores económicos de los que, de hecho, dispone una persona. Esta teoría lleva al

³¹⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 615.

³¹⁸ Según esta concepción sería un delito contra el patrimonio *v. gr.*, la sustracción de un envase desechable al existir una vinculación entre objeto material-sujeto pasivo, reconocida por el Derecho; al pertenecer el envase al patrimonio. “Para la concepción jurídica del patrimonio, éste está integrado por el conjunto de derechos patrimoniales de una persona, esto es, aquellos valores económicos que son reconocidos como derechos subjetivos patrimoniales por el derecho objetivo. Este concepto ha sido sometido a fuerte críticas..., porque resultaba, contradictoriamente, en exceso amplio y en exceso restringido. Amplio, en cuanto habría de apreciar la existencia de una lesión patrimonial cuando... la acción recae sobre derechos sin valor monetario, con lo que se incurriría en la subjetivización del delito, dependiendo del valor de afección estimado por el sujeto. Restringido, en cuanto excluye del patrimonio los valores no integrados en un derecho objetivo, como las expectativas, que sin embargo tienen gran trascendencia en el tráfico y que además encierran, desde el punto de vista económico, una importancia relevante e incluso valorable en dinero”. CÁCERES RUIZ, L.: *Delitos contra el Patrimonio. Aspectos penales y criminológicos. Especial referencia a Badajoz...* *Op. cit.*, Pág., 21.

inconveniente de otorgar protección patrimonial a posiciones patrimoniales ilegítimas³¹⁹.

C) Concepción mixta o económico-jurídica

Como su propio nombre indica es resultado de combinar las dos precedentes, acogiendo los elementos positivos de cada una. Incluye en el patrimonio sólo las cosas (bienes y derechos) que tienen valor económico, pero siempre que estén en poder del sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico³²⁰.

En consecuencia de la aplicación de esta teoría, HUERTA TOCILDO, extrae las siguientes conclusiones:

³¹⁹ V. gr., tanto al ilícito poseedor de la cosa sustraída como al tenedor de objetos de ilícito comercio (armas prohibidas, drogas tóxicas...). “Es necesario que el patrimonio tenga un valor económico estimable en dinero. Desde luego también deben ser protegidas las cosas que, aun estando desprovistas de un valor económico objetivo, tienen un valor afectivo, subjetivo, para el que las posee. Pero en Derecho penal no se puede decir que el patrimonio comprenda también las cosas que, estando privadas de un valor de cambio en dinero, tienen para el sujeto uno afectivo sentimental. Si nos atenemos a un concepto estrictamente económico, también debe considerarse inexistente el hurto en el caso de que alguien, apoderándose de la cosa mueble de otro, deje en su lugar un objeto de valor equivalente, o dinero por el mismo valor. El concepto económico se refleja en el Código penal ya que la mayoría de los delitos requieren la producción de un perjuicio patrimonial valorable en dinero como base para poder aplicar la pena. Sin embargo, el concepto económico de patrimonio no puede aceptarse hasta el punto de proteger posiciones patrimoniales ilegítimas o no reconocidas jurídicamente, aunque la antijuridicidad de la posesión de una cosa no legitima la acción del que se apodera de ella o la adquiere de forma antijurídica también”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 352-353.

³²⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 19.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011. Págs., 409-411; VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Lección XVIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general >> en *Derecho Penal. Parte Especial. Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010*. VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., [ET AL.]. Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición. Valencia, 2010. Págs., 351-354; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I. Delitos contra bienes jurídicos individuales*. Ed. J.M. Bosch editor. Barcelona, 2005. Págs., 403-406; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 352-354. “El concepto patrimonial personal. Se ha sostenido por algunos autores una concepción personal del patrimonio, que bascula sobre su condición de instrumento de desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, sobrevalora el daño subjetivo que pueden producir las diversas conductas lesivas; pero, nuestro Código atiende sobre todo al dato objetivo del valor económico. Otto defiende el patrimonio como “unidad estructurada y ordenada en función de los fines de un individuo, que garantiza su desarrollo en un determinado entorno y no puede descomponerse en sus partes individuales sin perder su identidad”. Recientemente la jurisprudencia española ha acogido el concepto personal de patrimonio, afirmando la concurrencia del daño patrimonial con base en el criterio objetivo individual (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992, sobre el “Síndrome Tóxico”...). SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Págs., 125-126.

- “Objeto material de un delito contra el patrimonio únicamente pueden ser aquellos bienes que estén dotados de valor económico, quedando, por lo tanto, descartados aquellos que sólo tengan un valor afectivo o sentimental”³²¹.
- “Para ser considerado sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa dotada de valor económico: es preciso que disponga de ella en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico”³²².
- “Perjuicio patrimonial... podría describirse como toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona, obtenida a través de una acción antijurídica que persigue la obtención de un lucro injusto”³²³.

Siguiendo a ANTÓN ONECA podemos concluir definiendo el patrimonio como el conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos, comprendiendo cosas muebles e inmuebles, propiedad, posesión, derechos de crédito, derechos de uso y demás derechos reales y personales, valorables en dinero, con tal que tengan reconocimiento por parte del Derecho, siquiera sea provisional. El daño moral y las expectativas de ganancias probables (lucro cesante) tendrán incidencia en la responsabilidad civil, pero no son relevantes a efectos de tipificación y de pena (salvo que expresamente se establezca lo contrario). Por falta de valor económico, quedan igualmente excluidas del patrimonio las cosas con simple valor de afección³²⁴.

³²¹ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 35.

³²² HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 37-38.

³²³ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 45.

³²⁴ ANTÓN ONECA, J.: << Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la Jurisprudencia >> *Separata de la Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IX. Ed. Francisco Seix, S.A. Barcelona, 1957. Págs., 11-14. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 17.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2004. Pág., 450. “Esta concepción es a la vez superadora e integradora de las concepciones puramente jurídica o puramente económica del patrimonio. Para la primera lo importante era la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa, prescindiendo de la trascendencia económica que tenga el acto de desposesión. Para la concepción económica, la clave está no en relación del sujeto con la

D) Patrimonio como suma de elementos o como universalidad (universitas iuris)

Existe disparidad doctrinal a la hora de precisar si existen delitos que representen ataques al patrimonio como totalidad (*universitas iuris*) o, si por el contrario, las diversas infracciones a que se hace referencia en el Título XIII implican sólo una lesión de alguno o algunos de los elementos particulares que lo componen.

Tal discusión doctrinal gira fundamentalmente entorno el delito de estafa; delito para el cual autores como ANTÓN ONECA, BAJO FERNÁNDEZ, ZUGALDÍA ESPINAR, sostienen que se requiere el menoscabo del valor total del patrimonio y, por consiguiente, representa un ataque al mismo entendido como universalidad³²⁵.

cosa, sino en que esta tenga valor económico. Ambas teorías conducen por su unilateralidad a consecuencias impropias en la medida que otorgarían protección penal a situaciones incompatibles con los postulados a que debe responder un sistema de justicia penal de una sociedad democrática. Así, para la teoría jurídica del patrimonio, el perjuicio económico no es elemento del tipo, bastando sólo el ataque a la relación que une al titular con cosa de la que ha sido desposeído aunque esta tenga un valor sólo afectivo. Para la teoría económica del patrimonio, al centrar la esencia en la de posesión de cosas con valor económico, con independencia del título que sobre ella ostente el titular, conduciría a conceder la tutela penal a supuestos de apoderamiento de cosas *extra-commercium*, como drogas o a posiciones patrimoniales ilegítimas, tales como efectos de un delito anterior. Tales problemas quedan soslayados en la teoría mixta antes citada que exige conjuntamente que los bienes sean económicamente valorados y que, además, sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico". GIMÉNEZ GARCÍA, J.: << El delito de hurto. Elementos comunes con el robo >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 58-59. "En cuanto a las expectativas, es decir, al probable incremento patrimonial con vistas al futuro, no puede decirse que pertenezcan al patrimonio en sentido jurídico-penal, y sólo deben tenerse en cuenta a los efectos de la responsabilidad civil, para la determinación del lucro cesante causado por el delito". MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Págs., 353-354.

³²⁵ Vid., ANTÓN ONECA, J.: << Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la Jurisprudencia >> *Separata de la Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IX. Ed. Francisco Seix, S.A. Barcelona, 1957; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Ed. Akal/iure. Madrid, 1988. "El patrimonio ha de ser considerado como unidad, de manera que la lesión patrimonial sólo se verifica cuando se produce un perjuicio económico concebido como disminución del valor económico del patrimonio comprobado a través de la comparación del valor del mismo antes y después del acto de disposición... Es necesario distinguir entre el objeto de la acción que sólo puede serlo un elemento patrimonial, o varios pero singulares, del bien jurídico que es el patrimonio en una consideración global. Ello significa que el ataque a un elemento específico del patrimonio será constitutivo de estafa en la medida en que de él derive una disminución del valor económico del patrimonio, pero no si se produce una compensación económica o un beneficio económico. Esta es otra de las diferencias básicas entre los delitos de apoderamiento o los de daños y la estafa. Si en aquéllos el bien jurídico es la propiedad y la lesión a la misma se produce con independencia de si de ella deriva beneficio o perjuicio económico, en la estafa es elemento esencial el perjuicio". PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XIII.- Las defraudaciones (I). Las Estafas >> en *Compendio de Derecho Penal. (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 441.

En contra de este criterio, autores como RODRÍGUEZ DEVESA, MUÑOZ CONDE, VIVES ANTÓN, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, se inclinan por considerar que ninguno de los delitos comprendidos en el Título XIII constituye un ataque al patrimonio globalmente entendido, sino que todos ellos lesionan elementos patrimoniales singulares. En relación a la estafa, el hecho de que se requiera un perjuicio no ha de entenderse en el sentido de que exija que el patrimonio como totalidad haya disminuido de valor a consecuencia de la infracción, sino que se cumple por el mero hecho de que, a consecuencia del delito se haya detruido del patrimonio un elemento valioso, resultando irrelevante la circunstancia de que, eventualmente, dicha detracción no provoque una disminución del valor total del patrimonio³²⁶.

³²⁶ VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Lección XVIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general >> en *Derecho Penal. Parte Especial. Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010*. VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición. Valencia, 2010. Págs., 354-355; CÁCERES RUIZ, L.: *Delitos contra el Patrimonio. Aspectos penales y criminológicos. Especial referencia a Badajoz...* Op. cit., Págs., 24-25. “No hay delitos contra el patrimonio como tal unidad... Es un tremendo equívoco afirmar que, porque hay figuras que, como la estafa, no incorporan al tipo la determinación del derecho patrimonial lesionado, el delito no se dirige siempre y en todo caso contra parte integrante determinada del patrimonio, sino contra el patrimonio como totalidad. La falta de mención del interés concreto lesionado en la formulación del tipo legal, lo único que prueba es que el intérprete tiene que asumir la obligación de concretarlo, no que sin ulterior demostración sea ya el patrimonio entendido como una totalidad, porque esto es una *petitio principii*. Por otra parte, si el patrimonio se constituye no como un conjunto de bienes, sino de relaciones jurídicas, es imposible un ataque a la totalidad del complejo formado por el activo y el pasivo, ya que siempre la sustracción, v. gr., de una de las cosas o bienes que son el objeto de esa relación jurídica patrimonial da lugar a una pretensión al resarcimiento (o a una acción reivindicatoria) de igual valor jurídico, aunque no económico. Y si se considera el patrimonio desde este último aspecto, habría que negar la lesión cuando el conjunto económico no padece, dejando, por ejemplo, impune el hurto de una cosa en cuyo lugar se ha dejado un valor equivalente, lo cual es inadmisibles”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial...* Op. cit., Madrid, 1995. Pág., 370. “En Derecho penal carece de relevancia la distinción entre el patrimonio entendido como *“universitas iuris”*, es decir, como totalidad, y el patrimonio entendido sólo en sus elementos integrantes. En Derecho penal no existen delitos dirigidos contra el patrimonio en su totalidad, todo lo más existen delitos, como por ejemplo la estafa, que se dirigen contra elementos integrantes del patrimonio, aunque sin concretarse en uno determinado”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 354. “Tampoco procede una concepción total del patrimonio como *universitas iuris*, porque la lesión producida por los delitos puede referirse a cualquier elemento del patrimonio aunque no merme la masa patrimonial en su totalidad. Sólo así puede apoyarse, por ejemplo, la punibilidad de los daños patrimoniales que pueden no haber ocasionado perjuicio o, incluso, resultar beneficiosos para el conjunto patrimonial (el cobro de un seguro, la recalificación o revalorización de un terreno tras un incendio, etc.), lo cual, en definitiva, conduce a la distinción entre lesión patrimonial como objeto del delito y perjuicio como objeto habitual de la indemnización civil, aunque un concepto más estricto del mismo aparece como elemento típico en algunos casos”. LÓPEZ GARRIDO, D., Y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario...* Op. cit., Pág., 130.

1.3.4.- CONCEPTO DE ORDEN SOCIOECONÓMICO

Se trata de una noción de escasa o nula tradición en nuestras leyes penales, más allá de ciertas referencias análogas contenidas en los Proyectos codificadores surgidos tras la Constitución Española de 1978. BLANCO LOZANO lo considera como “un concepto de gran amplitud y múltiples dimensiones, revestido de una abstracta vaguedad que lo hace difícil de definir, cuando menos en términos concisos y concretos”³²⁷.

³²⁷ BLANCO LOZANO, C.: << Lección 1ª.- Introducción a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.). Ed. Tecnos. Madrid, 2011. Pág., 33. . “El Código hasta ahora vigente [Texto Refundido de 1973] era incapaz de afrontar las necesidades sociales en relación con las distintas manifestaciones de las relaciones patrimoniales, obligacionales, económicas, y todo lo que implica la economía de mercado”. QUINTERO OLIVARES, G.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.). Ed. Aranzadi. Thomson Reuters, 9ª edición, Navarra 2011. Pág., 613. “El Proyecto de Código Penal de 1980 [fue el] primero de la historia penal española que contenía un Título en cuya rúbrica se incluía expresamente los delitos económicos”. QUINTERO OLIVARES, G.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >>... *Op. cit.*, Pág., 613. “Configuró un Título autónomo (el VII) con esta denominación incluyendo en él un gran número de delitos que luego se fueron reduciendo en la Propuesta de Anteproyecto de 1983 hasta llegar a los Proyectos de 1992 y 1994 y al Código Penal vigente en donde desaparece el Título autónomo, para incluir algunos de los delitos que originariamente se regulaban en el Proyecto de 1980 como "delitos contra el orden socioeconómico" en el Título dedicado a regular los delitos contra el patrimonio, o constituir Títulos independientes como el Título XIV (Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social) o el Título XV (Delitos contra los derechos de los trabajadores)”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996. Pág., 422-423. “La rúbrica del presente Título [XIII del CP 1995] indica, aparentemente, la intención del legislador de no tomar partido acerca de los bienes jurídicos que se protegen en todos los delitos aquí acogidos, donde pueden identificarse tanto lesiones de los conceptos patrimoniales clásicos... como afectaciones a intereses colectivos de carácter supraindividual y referibles a un concepto más o menos difuso de orden socioeconómico”. LÓPEZ GARRIDO, D., Y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario...* *Op. cit.*, Pág., 128. “Se abrió un ocioso debate sobre los "elementos" o "requisitos" que debían caracterizar a un delito para merecer tal adjetivo [(económico)]. Así se decía, a la postre, que los delitos patrimoniales eran "individualistas" y que los económicos tenían un marcado sentido de ofensa potencial o concreta a lo "colectivo o general"...”. QUINTERO OLIVARES, G.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >>... *Op. cit.*, Pág., 613. “No parece que nos encontremos ante una concepción precisa de lo que deba entenderse por orden socioeconómico como bien jurídico protegido penalmente, sino, más propiamente, ante el reconocimiento de la vinculación entre la protección del patrimonio y la de otros intereses económicos colectivos que se ven implicados en determinadas lesiones patrimoniales. En apoyo de lo anterior, obsérvese que la protección penal del orden socioeconómico no se limita a la que pueda proporcionarse (mediata o inmediatamente) a través de este Título, puesto que delitos genuinamente contrarios al orden socioeconómico por afectar a una parte del mismo como es la política económico-fiscal, se encuentran recogidos en el título siguiente”. LÓPEZ GARRIDO, D., Y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario...* *Op. cit.*, Pág., 129. “Con la tipificación de estos delitos se protege además de los intereses referidos al patrimonio, los colectivos referentes al mercado y los consumidores (el orden socioeconómico), lo que implica una tutela mucho más amplia que la anterior que sólo se refería a los "delitos contra la propiedad". El legislador introduce, pues, en el mismo título dos clases de delitos de carácter económico, distinguiendo entre delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico. Los primeros son los delitos referidos a la propiedad, posesión, de bienes económicamente evaluables y que tienen por finalidad proteger tales bienes cuando hacen referencia a

Bajo la categoría de orden socioeconómico se unifican todas aquellas figuras delictivas cuyo bien jurídico protegido trasciende del mero interés individual, por repercutir directamente en un ámbito social o económico de organización, igualmente merecedor de tutela penal. Así, pues, de orden socioeconómico se puede hablar en dos sentidos: uno estricto y otro genérico³²⁸.

relaciones preferentemente de carácter privado y singularizado. Los segundos hacen referencia a aquél conjunto de normas jurídicas que preordenan, con carácter fundamental, la estructura y actividad económica y cuya infracción se castiga con una pena. Es decir, los delitos socioeconómicos tienen significado en cuanto protegen el orden económico constitucional de una sociedad, su modelo económico constitucionalmente perfilado". FEDERACIÓN SINDICAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-CC.OO.: *Delitos contra la libertad sexual, el orden socioeconómico y el Patrimonio*. Ed. Ediciones GPS Madrid, 3ª edición. Madrid, 2000. Pág., 49. ZUGALDÍA ESPINAR cuestiona la necesidad de que exista en el Código Penal un Título referido (total o parcialmente) a los delitos contra el orden socioeconómico, al afirmar que "el legislador español, al crear la categoría de los delitos contra el orden socioeconómico..., se ha dejado llevar por el esnobismo, esto es, por la aparente necesidad de referirse en el nuevo Código Penal a algo que, por lo menos, suene a delitos económicos". ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: << Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal (Consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.) >> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 59, 1996. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1996. Pág., 420. Continúa el referido autor, ZUGALDÍA ESPINAR, analizando el defecto de técnica legislativa empleado al tipificar y ubicar sistemáticamente los delitos contra el orden socioeconómico, por un triple motivo: "a) Si con la denominación "delitos contra el orden socioeconómico" el legislador quiere referirse al orden que el Estado intenta imponer en la economía (concepto dogmático de delito económico), no deja de resultar chocante que los delitos contra la Hacienda Pública, los delitos contra la Seguridad Social, los relativos al control de cambios y los delitos de contrabando estén todos ellos, fuera del Título XIII. b) Si con esa denominación el legislador quiere referirse al concepto integrador de delito económico, la rúbrica del Título se queda miope en el sentido de que hay delitos económicos que no están comprendidos en el Título (no están todos los que son: faltan, aparte los delitos últimamente citados, y entre otros muchos, los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente, los fraudes alimentarios, el tráfico de influencias en la vida económica, etc.). c) Cabe la posibilidad, de todos modos, de entender que los delitos contra el orden socioeconómico son aquellos que atentan contra el bien jurídico "orden socioeconómico constitucional". Pero si es así debe reconocerse que si antes no estaban todos los que son, ahora no serían todos los que están: no son delitos contra el orden socioeconómico constitucional, por ejemplo, el delito de alzamiento de bienes (delito contra el patrimonio incorrectamente ubicado entre la quiebra y el concurso) y los delitos societarios". necesidad de referirse en el nuevo Código Penal a algo que, por lo menos, suene a delitos económicos". ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: << Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal (Consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.) >>... *Op. cit.*, Págs., 420-421.

³²⁸ "La determinación del concepto de "delito económico" y "Derecho penal económico" no es precisamente fácil. Descartados los intentos de definición basados en la persona del autor ("delincuentes de cuello blanco" a los que se refirió Sutherland) y en criterios procesales... se encuentran hoy en auge (al menos en España) intentos de definición de tipo *dogmático* que reconducen la cuestión a un bien jurídico común público, superior o colectivo integrado por el orden que el Estado intenta imponer en la economía... Frente a estos modelos... Stampa/Bacigalupo... consideran que lo que en verdad agrupa a los hechos punibles considerados en los estudios dogmáticos del Derecho Penal económico no es, en realidad, un bien jurídico lesionado común, sino un interés criminológico capaz de agrupar cierto tipo de hechos punibles para su tratamiento dogmático. Se propone así un concepto de delito económico... *integrador* de sus aspectos dogmáticos... y criminológicos vinculados al abuso de confianza social en el tráfico económico con afección de las normas promulgadas para la regulación... de los bienes económicos, ya afecten a bienes jurídicos colectivos de la vida económica..., ya se refieran a bienes jurídicos clásicos como la propiedad y el patrimonio (siempre y cuando afecten a objetos fácticos supraindividuales... o cuando constituyan abuso de los medios o instrumentos de la vida económica...).

A) *Orden socioeconómico en sentido estricto u orden público económico*

Es aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado. Es la intervención directa del Estado en la relación económica, como sujeto de primer orden, imponiendo coactivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos. El Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada como controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte, y en todo caso redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transportes...). Para la protección penal de este orden económico en sentido estricto se crearon los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, y otros en leyes especiales, como los delitos de contrabando, o monetarios³²⁹.

No faltan quienes opinan que a través de la rúbrica "delitos contra el orden socioeconómico" se intenta proteger sólo el bien jurídico del "orden socioeconómico consagrado en la Constitución Española"... Pues bien: en cualquier caso, aunque algunos delitos contra la propiedad y el patrimonio puedan llegar a considerarse delitos económicos (si se sigue el concepto integrador de éstos), los bienes jurídicos colectivos que hay detrás de los demás delitos económicos se protegen con absoluta y total independencia de la repercusión de la conducta del autor en el patrimonio ajeno". ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: << Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal (Consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.) >>... *Op. cit.*, Págs., 418-420. "El Derecho penal económico se presenta como una parte del Derecho penal que se aglutina entorno al denominador común de la actividad económica. Podemos definir el Derecho penal económico como el *conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico*. La clave para desentrañar en toda su profundidad el sentido y alcance de esta definición estriba en el objeto de protección: el orden económico. Pues bien, el equilibrio que se intenta mantener en las comunidades de nuestra área cultural entre la defensa de valores patrimoniales y otros de carácter público, o entre la economía de mercado libre y la economía dirigida permite concebir el orden económico desde una doble perspectiva dando lugar a dos concepciones de Derecho Penal económico: una estricta y otra amplia, y éste parece ser el único medio de conseguir univocidad. BAJO FERNÁNDEZ, M., Y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª edición. Madrid, 2010. Pág., 11.

³²⁹ "Derecho penal económico en sentido estricto es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía... En consecuencia, delito económico en sentido estricto es la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país. Según este concepto estricto, el contenido del Derecho penal económico queda reducido a los delitos que atentan contra la determinación o formación de los precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando, el blanqueo de capitales y el delito fiscal". BAJO FERNÁNDEZ, M., Y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico*... *Op. cit.*, Págs., 12-13. "Del concepto de "orden socioeconómico" debe excluirse el orden económico en sentido estricto u orden público económico". MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996. Pág., 423. En este sentido los artículos 128.2 y 131.1 de la Constitución Española disponen: Artículo 128.- "1.- Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2.- Se reconoce la iniciativa pública en la actividad

B) Orden socioeconómico en sentido amplio

La concepción estricta no es suficiente para abarcar en ella una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos y que exceden del ámbito puramente patrimonial individual (fraudes a los consumidores, abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles de gran importancia económica...). También los delitos patrimoniales clásicos cuando producen un grave perjuicio en intereses económicos colectivos (grandes estafas financieras, quiebras fraudulentas de sociedades mercantiles de gran importancia económica...) parece que merecen una distinta concepción de la que tradicionalmente se les ha dado. Se agruparon estos hechos bajo la idea de *Derecho penal económico*; de ahí que se empezase a hablar de orden económico en sentido amplio, como bien jurídico común, entendido como “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”³³⁰.

económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. Artículo 131.- “1.- El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”.

³³⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996. Págs., 422-426; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 19.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011. Págs., 411-413; VIVES ANTÓN, T.S., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Lección XVIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general >> en *Derecho Penal. Parte Especial. Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010*. VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., [ET AL.]. Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición. Valencia, 2010. Págs., 355-356; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1. Delitos contra bienes jurídicos individuales*. Ed. J.M. Bosch editor. Barcelona, 2005. Págs., 407-409. “Derecho penal económico en sentido amplio es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución, y consumo de bienes y servicios. Ya no se trata aquí de la protección del nuevo intervencionismo estatal, sino de la actividad económica dentro de la Economía de mercado. En esta concepción amplia se ensanchan notablemente los límites del Derecho penal económico, presentándose el orden económico, al contrario que en la concepción estricta, como un bien jurídico de segundo orden detrás de los intereses patrimoniales individuales. Tal es el caso, por ejemplo, de la competencia ilícita, comportamiento que lesiona en primer lugar el Derecho de propiedad industrial y, sólo en segundo término, la regulación económica de mercado. De este modo, delito económico en sentido amplio es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Se incluyen de esta forma en el Derecho penal económico infracciones que, lesionando intereses individuales como la propiedad privada o el derecho de crédito, afectan gravemente al orden económico entendido en el sentido expuesto. En este gran grupo podrían incluirse los delitos de insolvencia, la competencia ilícita, la usura, la estafa, los fraudes alimentarios, delitos laborales, delitos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles, receptación, malversación de caudales públicos, falsedad de documentos, etc.”. BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico... Op. cit.*, Pág., 14. “Con frecuencia tiende a identificarse el concepto de “delito económico” con “delito de cuello blanco”... Sin embargo, no ha de confundirse... La delincuencia de cuello blanco constituye el

1.3.5.- CLASIFICACIÓN

A parte de la rúbrica general relativa a los Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, que encabeza el Título XIII de referencia, nuestro Código punitivo no indica expresamente qué delitos atentan contra uno u otro bien jurídico, de manera que corresponde al intérprete, en cada caso concreto, determinar el objeto tutelado en relación con la infracción cometida³³¹.

Una primera y genérica clasificación en relación a los delitos comprendidos en el referido Título XIII del Libro II del Código Penal, es poder determinar si el mismo es patrimonial o socioeconómico. Para ello, uno de los criterios delimitadores que han gozado de mayor fortuna ha sido el de acudir a la titularidad (individual o colectiva) del bien jurídico protegido. Principio de cuya importancia no queda duda, ya que fue

núcleo más llamativo y trascendente de la delincuencia económica, pero ésta no se agota en aquélla. El delito de cuello blanco ha venido siendo referido al delito perpetrado por una persona respetable y de alto status social en el ejercicio de su profesión... Se trata de delitos que, efectivamente, dañan, extensa e intensamente el "orden económico" de una sociedad, pero los delitos que lesionan este orden económico no son sólo los llevados a cabo por estas clases de personas sirviéndose de su situación social y ocupacional". ALONSO PÉREZ, F.: *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos. Legislación. Comentarios. Jurisprudencia*. Ed. Colex. Madrid, 2003. Págs., 39-40. "En el ámbito europeo es mayoritaria la utilización de la expresión "delincuencia económica" por parte de la doctrina especializada para describir estas nuevas formas de delincuencia, características de la sociedad actual. Ahora bien, al lado de la citada expresión coexisten otras denominaciones, por medio de las cuales se pretende acuñar esta reciente criminalidad... puede afirmarse en este momento que en la literatura criminológica se suele utilizar una terminología diversa para hacer referencia a fenómenos delictivos similares al de la delincuencia económica: se habla así de "delincuencia de cuello blanco", "delincuencia de caballeros", "delincuencia profesional", "delincuencia de negocios", etc... De todas ellas, es la expresión anglosajona "delincuencia de cuello blanco" (white-collar criminality) la que mayor difusión ha alcanzado a nivel internacional, siendo conocida ya en otros idiomas: "criminalité en col blanc", en el área francesa, "Weisse-Kragen Kriminalität", en la alemana, "criminalità in colletti bianchi", en la italiana". FERNÁNDEZ ALBOR, A., Y MARTÍNEZ PÉREZ, C.: *Delincuencia y Economía*. Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1983. Pág., 23. *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: << Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial >>; KINDHÄUSER, U.: << Los tipos de delito en el Derecho penal económico >>; PASTOR MUÑOZ, N.: << La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico >> en *La teoría del delito en la práctica penal económica*. SILVA SÁNCHEZ, J.M., Y MIRÓ LINARES, F. (DIRS.). Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, S.A., 1ª edición. Madrid, 2013; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., Y PUENTE ABA, L.M. (COORD.): *Derecho penal económico y de la empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013; SERRANO PIEDECASAS, J.R., Y DEMETRIO CRESPO, E. (DIRS.): *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Ed. Colex. Madrid, 2008; HERRERO HERRERO, C.: *Los Delitos Económicos. Perspectiva Jurídica y Criminológica*. Ed. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 1992. Págs., 41 y ss.

³³¹ BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I. Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 408.

expresamente plasmado en la Exposición de Motivos del proyecto de Código Penal de 1992. E, igualmente, parece ser el acogido por el legislador de 1995³³².

MUÑOZ CONDE parte de esta clasificación dualista de los delitos comprendidos en el Título XIII, para subclasificar los delitos contra el patrimonio, distinguiendo entre los delitos patrimoniales de enriquecimiento (I) y los que no procuran ningún enriquecimiento a su autor y que directamente se dirigen al daño o destrucción del patrimonio (II).

³³² VIDALES RODRÍGUEZ, C.: << Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los patrimoniales >> en *Estudios Penales y Criminológicos*. N° XXI, año 1998. Págs., 335-336. “La separación en Títulos diferentes de los delitos patrimoniales y los delitos económicos no es imprescindible, aunque entre unos y otros haya diferencias de significado. La existencia de una importante zona intermedia o común entre ambos grupos, y la conveniencia técnica de evitar repeticiones de figuras, se unen a la convicción de que la teórica distinción entre lo individualista (patrimonial) y lo comunitario (económico), no es sostenible sin enormes reservas. Por ello es comprensible la rúbrica que se propone para un Título único, que de ese modo resulta más conciso y claro y no genera problemas de interpretación o aplicación”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. IV Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 23 de septiembre de 1992. Núm. 102-1. Págs., 12-13. “No obstante, la necesidad de esta división, ha sido argumentada, fundamentalmente, con base en que de ese modo, pudieran solventarse los importantes problemas concursales que pudieran surgir entre distintas figuras. Así, su naturaleza patrimonial o socioeconómica dirimiría si el conflicto ha de ser solventado acudiendo al concurso de normas o, por el contrario, merece el tratamiento del concurso de infracciones. Sin embargo..., la solución a las diferentes hipótesis... ha de venir dada por la ineludible tarea de determinar el bien jurídico protegido y el resto de elementos que configuran cada figura delictiva en colisión; sin que, por tanto, su naturaleza patrimonial o socioeconómica, aporte más que, en ocasiones, un indicio”. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: << Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los patrimoniales >>... *Op. cit.*, Pág., 371. Siguiendo el criterio de titularidad individual o colectiva del bien jurídico protegido, MESTRE DELGADO incluye entre los delitos socioeconómicos: “las insolvencias punibles (que por lo común afectan los intereses económicos de una colectividad, además de la credibilidad de instituciones básicas del mercado), la alteración de precios en concursos o subastas públicas (que afectan a un específico ámbito económico de organización de la actividad empresarial), los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial (que distorsionan el correcto funcionamiento del mercado, al introducir en él elementos falsos, que afectan a las políticas de precios, y a la confianza en la calidad de los productos allí ofrecidos), los delitos contra el mercado y los consumidores (directamente afectados por las concretas conductas tipificadas en este Capítulo), la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural (conducta en la que ni siquiera hay propiamente una víctima personal, pues afecta al cumplimiento de la denominada función social de la propiedad), los delitos societarios (que protegen el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, como instituciones básicas en el desarrollo de la vida empresarial contemporánea), y la receptación y conductas afines (como infracción lesiva de intereses colectivos). También comparten esta concepción de protección de intereses supraindividuales, propia de los delitos contra el orden socioeconómico (aunque figuren en un Título propio, o en Leyes especiales), los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, y los delitos contra los derechos de los trabajadores”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 390-391.

I.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento.

- De apoderamiento: bien tomando materialmente una cosa mueble (robo, hurto, uso de vehículo de motor), bien usurpando un derecho real o cosa inmueble (usurpación).
- Defraudaciones: bien desempeñando el fraude o engaño el papel rector (estafa, apropiación indebida, defraudaciones de fluido eléctrico y similares), bien teniendo un papel meramente accesorio o concomitante (insolvencias punibles).

II.- Delitos patrimoniales sin enriquecimiento: daños³³³.

En término similares se manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, quien distingue entre *delitos de enriquecimiento*, en los que el sujeto activo experimenta un incremento, siquiera momentáneo, en su patrimonio como consecuencia del empobrecimiento que causa al de la víctima; y *delitos sin enriquecimiento* (daños, e incendios -parcialmente-), en que el sujeto persigue la lesión patrimonial sin importarle un incremento correlativo del suyo³³⁴. Los primeros los subdivide en delitos de apoderamiento (hurto, robo, usurpación, utilización ilegítima de vehículos a motor, usurpación de uso), y delitos de defraudación (estafas, figuras afines, apropiación indebida, defraudación de fluidos,

³³³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición. Valencia, 2013. Págs., 355-356. “La mayoría de los delitos patrimoniales se constituyen sobre la base de un enriquecimiento injusto del sujeto activo a costa de un perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo. Esta idea constituye el sustrato material de estos delitos, aunque no siempre esté presente en su configuración legal. El ánimo de lucro se exige expresamente en algunos delitos, como el hurto o el robo; pero en otros se da por supuesto y no se menciona expresamente. En todo caso, el enriquecimiento debe entenderse en un sentido amplio, como beneficio patrimonial ilícito para el autor del delito o para un tercero, consecuencia del perjuicio que se produce en el patrimonio lesionado por la acción delictiva. Por lo que respecta a la dinámica de la acción..., [en los delitos de apoderamiento] se obtienen las cosas en contra de la voluntad de su poseedor o propietario, mientras que en los [defraudatorios] la víctima coopera en la producción de su propio perjuicio con una voluntad viciada por el engaño que emplea el autor del delito bien antes o después de la entrega de las cosas o de la realización de una prestación. Los delitos de apoderamiento requieren normalmente un desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Págs., 356-357.

³³⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 422. “Los delitos de daños e incendios deben ser objeto de regulación separada, para evitar posibles contradicciones de orden sistemático. El Código Penal de 1995, experimenta una indudable mejora en este sentido, dedicando a los incendios un Título aparte (XVII) dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, y los daños dentro de los delitos contra el patrimonio (Título XIII), quedando perfilado el bien jurídico de estos con mayor precisión, evitando confusiones que se producían con la anterior sistemática”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)...* Op. cit., Pág., 297.

delitos contra la propiedad intelectual, delitos contra la propiedad industrial, delitos societarios, y delitos de información privilegiada)³³⁵.

PAVÓN VASCONCELOS agrupa los delitos contra el patrimonio sobre la base de los siguientes criterios:

- El que atiende a la *naturaleza de los bienes*: muebles, inmuebles y semovientes. Aunque algunos delitos sólo pueden tener por objeto material una cosa mueble (hurto, robo), y otros una inmueble (usurpación), esta clasificación tiene el inconveniente de que en determinados delitos la acción criminal puede recaer tanto sobre las cosas muebles como inmuebles (daños o estafa).
- El que se apoya en el *fin perseguido por el delincuente*: ánimo de lucro o móvil de venganza.
- El que se basa en la *naturaleza de los derechos patrimoniales protegidos*: Desde este punto de vista la protección puede ser dada a los derechos reales o, a los derechos de crédito.
- El que se basa en la violación del *nexo patrimonial* o en el ataque que comprende igualmente a *otros bienes jurídicos*. De acuerdo con este criterio los delitos se dividen en simples (uniofensivos) o complejos (pluriofensivos), cuando sólo violan la relación patrimonial o, además de ésta otro bien jurídico.
- El que considera los *efectos* que el delito patrimonial produce en el sujeto activo de los mismos: Delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido o, de simple injuria³³⁶.

³³⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., Pág., 422. “No se consideran delitos contra los valores patrimoniales individuales..., los que afectan a las relaciones socioeconómicas como sistema: delitos contra el sistema de crédito (insolvencias punibles: arts. 257-261), delitos contra el mercado y los consumidores (arts. 281-284), delitos contra los deberes económicos como el daño de cosa propia (art. 289), maquinaciones para alterar el precio de las cosas (arts. 262, 281, 284) ni delitos que ponen en peligro la seguridad colectiva, tales como ciertos incendios (arts. 351, 357, 358), los estragos (arts. 348-350) y ciertos daños (art. 264.2 y 3) ni los que afectan a la administración de justicia como la receptación (arts. 299-304)”. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., Pág., 422.

³³⁶ PAVÓN VASCONCELOS, F.: *Delitos contra el patrimonio. (Comentarios de Derecho penal)...* Op. cit., Págs., 23-26.

ALONSO PÉREZ clasifica los delitos patrimoniales atendiendo a tres criterios diversos:

- Según el *medio utilizado*, se distingue entre delitos patrimoniales con violencia o intimidación entre las personas (robo con violencia o intimidación, extorsión, etc.); con fuerza en las cosas (robo con fuerza); sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas (hurto, apropiación indebida, etc.); y, con engaño (estafa).
- Según el *objeto sobre el que recaen*, diferencia entre delitos patrimoniales sobre inmuebles (usurpación, estafas inmobiliarias, etc.); y sobre muebles (hurto, robo, etc.).
- Según *exista o no enriquecimiento del autor*. Los primeros, los subdivide en delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (hurto, robo y usurpación), defraudación (estafa, apropiación indebida), o explotación o negocio (maquinaciones para alterar el precio de las cosas, receptación, etc.). Delitos patrimoniales sin enriquecimiento (hurto de cosa propia, daños, incendios, etc.)³³⁷.

Por su parte, LANDECHO VELASCO, y para acomodar la clasificación de los delitos al orden utilizado por el Código Penal de 1995, distingue entre delitos con enriquecimiento (expropiación con apropiación correlativa) y delitos sin enriquecimiento (expropiación sin apropiación correlativa). Dentro de los primeros, diferencia: los delitos contra los bienes muebles (hurto, robo, extorsión, y hurto de vehículos a motor, arts. 234 a 244), delitos contra los bienes inmuebles (usurpación, arts. 245 a 247), defraudaciones (estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico y análogas, arts. 248 a 256), insolvencias punibles (arts. 257 a 261), y

³³⁷ ALONSO PÉREZ, F.: *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos. Legislación. Comentarios. Jurisprudencia...* Op. cit., Págs., 29-30. “En el Capítulo VIII del Título relativo a los “Delitos contra la propiedad”, tipificaba el Código anterior (TR. 1973) una serie de conductas que tenían como característica común el ser un atentado contra la seguridad colectiva, entendida ésta como el complejo de condiciones garantizadas por el orden jurídico que aseguran la vida, integridad corporal, el bienestar y la propiedad considerados como bienes de todos. Entre estos hechos que atacan a la seguridad general están el incendio y los estragos; su inclusión dentro de los delitos contra la propiedad solo encontraban justificación por lo que contienen de ataque económico de los bienes. La Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 da un nuevo emplazamiento sistemático a los incendios y estragos, extrayéndolos de los delitos contra el patrimonio e incluyéndolos dentro de los delitos contra la Seguridad Colectiva, en título aparte. En todo caso, las diferencias son múltiples”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... Op. cit., Págs., 293-294.

alteración de precios en concursos y subastas públicas (arts. 262). Entre los segundos, los delitos sin enriquecimiento, se incluyen: los daños en general (arts. 263 y 264), daños contra la defensa nacional (art. 265), daños por medio de incendio y estragos (art. 266), y los daños por imprudencia grave (art. 267)³³⁸.

Aunque pueden encontrarse tantas clasificaciones como autores, y al margen del debate a propósito de la posibilidad de reconducir a un mismo bien jurídico los diversos delitos patrimoniales, constituye un uso consolidado en nuestra Doctrina la propuesta de una clasificación sistemática de dichas conductas típicas, atendiendo a diversos criterios. Sobre la base de las consecuencias patrimoniales para el autor de las mismas (con o sin enriquecimiento injusto), y, subsidiariamente, a la estructura de su acción típica (apoderamiento –con o sin fuerza, violencia o intimidación- o fraude)³³⁹.

De lo anteriormente expuesto hasta ahora podemos clasificar al delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles como un *delito patrimonial que persigue la protección de derechos reales, realizado mediante un acto de apoderamiento por un sujeto con ánimo de lucro, que tiene por objeto material bienes inmuebles, y produce un enriquecimiento injusto en su autor*. A determinar si nos encontramos ante un delito uniofensivo, o pluriofensivo, donde no es precisamente lo patrimonial el único bien jurídico protegido, dedicaremos las páginas siguientes³⁴⁰.

³³⁸ LANDECHO VELASCO, C.Mª., Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1996. Pág., 184. En relación a los daños imprudentes, *Vid.*, SANTA CECILIA GARCÍA, F.: << Daños patrimoniales imprudentes en el Código penal de 1995 >> en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M., Y CORTÉS BACHIARELLI, E. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Págs., 1009-1030; SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Págs., 328-349.

³³⁹ VENTURA PÜSCHEL, A.: << Introducción a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág., 56. “Nuestro Código [Texto Refundido de 1973] obliga a utilizar varios criterios para intentar incluir sin residuos todos los delitos comprendidos en el Título XIII. Partiremos, como base, de la comprobación de que entre los delitos contra la propiedad hay unos que tienden a proporcionar o proporcionan al que los comete un *enriquecimiento*, un aumento del patrimonio del sujeto activo a costa del pasivo. El segundo módulo nos lo dará la materialidad de que la ley exija o no un *desplazamiento* (llamado por Binding “expropiación”). El criterio para ulteriores divisiones lo proporcionará el objeto material de la acción y el medio para llegar a él”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*... *Op. cit.*, Madrid, 1995. Pág., 372. “Toda clasificación es en gran medida artificial”. LANDECHO VELASCO, C.Mª., Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 184.

³⁴⁰ Adviértase que pese a manifestar que se trata de un delito realizado mediante un acto de apoderamiento por un sujeto *con ánimo de lucro*, tal afirmación es meramente provisional fruto de las

1.4.- Bien jurídico en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles

El concepto de riqueza, en su dimensión cualitativa, ha sufrido en Occidente una clara evolución de acuerdo con la incidencia que los distintos bienes han tenido en la creación de aquélla. Teniendo en cuenta estas premisas, fueron los bienes inmobiliarios en las sociedades agrícolas, los que gozaron de primordial estima; y, en consecuencia, de máxima protección jurídica, incluida la penal, donde el ataque a tales propiedades era castigado con extremo rigor, ya desde el Derecho Romano y Germánico. Orientación que fue asumida en el Derecho medieval³⁴¹.

Con el advenimiento de la Edad Contemporánea, la protección de la propiedad inmobiliaria va a quedar potenciada con la institucionalización de instrumentos jurídicos *ad hoc*: la introducción, por imperativo legal, de los llamados Registros de la Propiedad; y, los correspondientes Catastros, orientados estos últimos sobre todo a la inscripción de la propiedad agrícola-rural. A pesar de esta clara protección registral, impuesta a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y de que la propiedad inmobiliaria en la sociedad post-industrializada no va a ser la principal fuente de riqueza, estas figuras penales continúan perviviendo³⁴².

clasificaciones de los delitos patrimoniales que realiza la Doctrina con carácter general. El análisis detallado del tipo subjetivo nos llevará a afirmar que no es necesaria la presencia de tal requisito subjetivo (aunque pueda darse en algún caso particular) para que exista tal delito, y sin perjuicio de que la actuación ilícita pueda reportar a su autor alguna utilidad, ya sea de contenido económico o de otra clase.

³⁴¹ “Es cosa harto sabida la paulatina evolución de los conceptos de riqueza a través de la historia económica de Occidente, en que el acento de suma importancia cualitativa ha ido derivando de lo inmobiliario a lo mobiliario, y de esto a lo crediticio. Evolución que, naturalmente, ha tenido su inmediato reflejo en el correlativo aspecto de la protección penal, más o menos severa según la estimativa superior o inferior de una determinada especie de bienes. Por lo mismo no es de extrañar la máxima dureza con que la mayoría de los Derechos antiguos incriminaron los atentados perpetrados contra la propiedad inmobiliaria, y más singularmente la agrícola, base fundamental de sus rudimentarias economías”. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo II.- Infracciones patrimoniales de apoderamiento...* Op. cit., Pág., 981.

³⁴² HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* Op. cit., Págs., 147-148. En relación con las Contadurías de Hipotecas y los orígenes del Registro de la Propiedad, esta institución y el Catastro, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: *El Tercero de los Artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid, 2005. Págs., 35-133; CHINCHILLA RUEDA, R.: << El Catastro y el Registro >> en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 392-393, Enero-febrero, 1961. Págs., 243-268; VÁZQUEZ ASEÑO, O.G.: *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

Si a pesar de esa progresiva pérdida de importancia de lo inmobiliario frente a lo mobiliario y crediticio, y correlativa dulcificación de sanciones penales (causada tanto por esa pérdida de importancia de lo inmobiliario como por la existencia de instituciones *ad hoc* para su protección), el legislador penal sigue tipificando la ocupación, no sólo violenta, sino pacífica (que no inocua) de bienes inmuebles, es porque se pretende proteger “algo más” que un interés meramente patrimonial.

Sistemáticamente el artículo 245.2 del Código Penal se ubica en el Capítulo V (“De la usurpación”), del Título XIII (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”), del Libro II (“Delitos y sus penas”), del Código Penal. Una rápida afirmación inicial nos conduciría a concluir que simplemente nos encontramos ante un delito patrimonial; ahora bien, su inclusión entre los mismos parece obedecer más a una inercia legislativa que a la razón de ser de su vigencia, pues, como trataremos de demostrar, nos encontramos ante un *delito pluriofensivo*, donde no es precisamente lo patrimonial el único bien jurídico protegido.

1.4.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

No es pacífica en la Doctrina ni en la Jurisprudencia la determinación del bien jurídico protegido en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles. Su concreción se puede compendiar en diversas categorías que analizaremos a continuación; si bien, consideramos necesario, con carácter previo a ello, definir los conceptos de propiedad, dominio, posesión, derecho de posesión, derecho a poseer... Términos todos ellos que aunque tienen su origen en el Derecho civil, son empleados por la doctrina y jurisprudencia penal³⁴³.

³⁴³ “La delimitación de la conducta descrita en el art. 245 CP no es una cuestión pacífica. Las divergencias parten de la diversidad de opiniones acerca del bien jurídico que el delito descrito en aquel precepto trata de proteger, cuestión que, en este ámbito se relaciona a menudo con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal, unos principios que condicionan la legitimidad de las decisiones del legislador pero, a su vez, deben servir también para interpretar correctamente las disposiciones penales”. DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.). Ed. Factum Libri Ediciones, S.L., 1ª edición. Madrid, 2009. Pág., 761. “El titular del dominio o de un derecho real derivado ejerce el haz de facultades que constituye su respectivo contenido con exclusividad. Nadie está legitimado para estorbar su ejercicio. A diferencia de la relación crediticia, la protección del poder jurídico real se dispensa potencialmente frente a todos (“erga omnes”), aunque luego se actualice frente a un concreto usurpador; frente a quien pretenda ilícitamente colocarse en la posición del titular. Frente al titular de un derecho real, los simples terceros se encuentran en una situación de “no-right”. Su posible interés en servirse de la cosa ajena carece de protección jurídica, y el dueño o el poseedor por título distinto del

A) *Propiedad*

La palabra propiedad viene de la latina *proprietas*, derivada de *proprius*, lo que pertenece a una persona o es propio de ella, vocablo que, a su vez, procede, según algunos filósofos de *prope*, cerca, indicando en su acepción más general una idea de proximidad y adherencia entre las cosas.

La palabra dominio se deriva, bien de *domo*, *as*, *are*, que significa sujetar o dominar; bien de *domus*, casa, *dominus*, el señor de la casa, y *dominium*, el señorío doméstico.

Siguiendo a CASTÁN, “entre la propiedad y el dominio no hay diferencia de extensión o contenido, sino simplemente de punto de vista. La propiedad es un concepto *económico-jurídico*. La palabra dominio tiene un sentido predominantemente *subjetivo*, pues implica, como dice Ruggiero, la *potestad* que sobre la cosa corresponde al titular; la palabra propiedad lo tiene predominantemente *objetivo*, acentuando la relación de pertenencia de la cosa a la persona”³⁴⁴.

dominio gozan de la facultad instrumental de exclusión (“ius excludendi”) de cualquier intruso, por lo que pueden recabar la tutela judicial para hacer cesar cualquier injerencia injustificada de terceros”. DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 765.

³⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*. Ed. Reus, S.A., 14ª edición, revisada y puesta al día por GABRIEL GARCÍA CANTERO. Madrid, 1992. Pág., 95. “Con frecuencia, los tratadistas comenzaban el estudio del derecho de propiedad distinguiéndolo del dominio. Puig Brutau da al término propiedad un carácter más amplio que al dominio, entendiendo que el primero indica toda relación de pertenencia o titularidad, y el segundo hace referencia a la titularidad sobre un objeto corporal; además, añade, la propiedad se refiere a una relación meramente económica y el dominio incluye su condición jurídica, por lo que sería redundante hablar de derecho de dominio. Sin embargo, los autores más modernos ni mencionan la distinción o mantienen expresamente que son términos sinónimos, por lo menos a efectos de su concepto y normativa”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, 7ª edición (1ª en esta editorial). Madrid, 2012. Pág., 45. “Los términos “propiedad” y “dominio”, “propietario” y “dueño” son sinónimos (por lo menos a nuestros efectos), y como tales los utilizo en la exposición que sigue. Igualmente los utilizan nuestra ley, jurisprudencia y doctrina”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 11ª edición, revisada y puesta al día por ENCARNA CORDERO LOBATO. Madrid, 2010. Pág., 231. “Como señalan los autores, el término propiedad tiene dos sentidos: uno amplio, equivalente a derechos patrimoniales; y otro estricto técnico, equivalente a dominio”. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*... *Op. cit.*, Págs., 195-196.

Los autores antiguos tomaban por base para la definición del derecho de propiedad el contenido del mismo, constituido por las facultades que lo integran y las limitaciones que le afectan. Así, lo definían: *Dominium est ius utendi acque abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*³⁴⁵. Romanistas modernos lo definen de forma más descriptiva como: derecho de usar (*ius utendi*), disfrutar (*ius fruendi*), abusar (*ius abutendi*), poseer (*ius possidendi*), disponer (*ius disponendi*), y reivindicar (*ius vindicandi*) una cosa corporal, sin más limitaciones que las impuestas por la ley o la voluntad del transmitente. Actualmente están desprestigiadas estas fórmulas que definen la propiedad por enumeración de los derechos comprendidos en ella, pues el dominio es no una simple reunión o suma de facultades, sino el centro unitario y autónomo de todas las que pueden recaer sobre la cosa; y el propietario puede, aunque sea temporalmente, estar privado de esas facultades, sin dejar por eso de conservar la propiedad. Las facultades del propietario no son una serie de sumandos cuya adición constituya la propiedad, sino que son solo aspectos parciales del señorío total que es ésta. El tener todas esas facultades no es causa de que sea propietario, sino consecuencia de serlo.

En sentido *impropio*, propiedad se refiere a los bienes y derechos patrimoniales, aludiendo a todos aquellos, o cualquiera de ellos. Así al decir que nuestro Ordenamiento jurídico reconoce la propiedad privada, o que existen delitos contra la propiedad, se expresa la idea de que están acogidos y protegidos, no sólo el derecho de propiedad rigurosamente hablando, sino también el usufructo, las servidumbres... En sentido *propio o riguroso*, significa uno de los derechos patrimoniales sobre los bienes: el máximo posible. En este sentido la propiedad se define como el poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud ésta (en principio) queda sometida directa y totalmente (en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo. La definición legal del derecho de propiedad se encuentra en el artículo 348 del Código Civil, teniendo un reconocimiento en la Norma Fundamental³⁴⁶.

³⁴⁵ “La definición más antigua y conocida es [la expuesta], la cual no procede del Derecho romano, que no llegó a definirlo unitariamente, sino de comentaristas muy posteriores, que destacan el *utendi* o facultad de uso, y *abutendi*, facultad de consumir (no “abusar”), siempre de acuerdo con la ley”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario...* Op. cit., Pág., 45.

³⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión...* Op. cit., Págs., 87-194; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 11ª edición, revisada y puesta al día por ENCARNA CORDERO LOBATO. Madrid, 2010. Págs., 231-276; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales*

B) Posesión

Exteriorización del dominio, *imago dominii*, presunción de la propiedad, o estado de hecho de la propiedad; son formas de referirse a la posesión. Si bien, para una mejor comprensión de la posesión se hace preciso distinguir: en primer lugar, entre posesión como poder de hecho y posesión como poder jurídico (derecho); y, en segundo lugar, entre derecho de posesión (*ius possessionis*) y derecho a poseer (*ius possidendi*)³⁴⁷.

(excepto los de garantía). Ed. Centro de Estudios Registrales, 4ª edición. Madrid, 2001. Págs., 195-217; Díez-PICAZO, L., Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general*. Ed. Tecnos, 8ª edición. Madrid, 2012. Págs., 141-155; LACRUZ BERDEJO, J.L., [ET ALIUS]: *Elementos de Derecho civil. III.- Derecho reales. Volumen I.- Posesión y propiedad*. Ed. Dykinson, 3ª edición, revisada y puesta al día por AGUSTÍN LUNA SERRANO. Madrid, 2008. Pág., 227-286; LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil. Tomo IV.- Propiedad y derechos reales de goce*. Ed. Marcial Pons, 10ª edición. Madrid, Barcelona, 2010. Págs., 36-84. Artículo 348 CC.- “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”. La CE reconoce el derecho de propiedad junto a la herencia en el artículo 33. Dice así: Artículo 33.- “1.- Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2.- La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes 3.- Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”. “La más correcta definición del derecho de propiedad es: el más amplio poder de dominación que el ordenamiento jurídico permite tener sobre las cosas. La propiedad implica, por tanto, un señorío pleno sobre las cosas, consistente en poder someterla a nuestra voluntad en todos sus aspectos y obtener de ella la utilidad que pueda prestar en cualquiera de ellos; los demás derechos reales sólo conceden algunos poderes en orden a una utilidad concreta, es decir, sólo constituyen un señorío parcial. Sin embargo, al decir que la propiedad es un poder pleno, no significa que carezca de límites y limitaciones: límites en el sentido del régimen ordinario de restricciones a que está concretado el poder del dueño; limitaciones, en el sentido de que, por muy diversas causas, pueden reducir en casos singulares el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa. En todo caso, el Derecho privado recibe el concepto de propiedad de la manera que lo deja configurado el Derecho público. El Derecho civil no especula sobre la propiedad como fenómeno social o económico, sino que reduce su misión a regularla de manera técnicamente correcta, tal como la admite el Derecho constitucional. Es decir, el derecho de propiedad está regulado en el Derecho civil como el más amplio poder de dominación, y el Derecho público determinará cual es esta amplitud que el ordenamiento permite”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario... Op. cit.*, Pág., 46. “Las leyes modalizan hoy, por tanto, la figura de la propiedad. Pero ésta es un derecho tutelado por la Constitución, y no un trozo de plastilina, de modo que las leyes no trazan a su arbitrio la figura, sino que influyen en ella en cada caso en orden a conciliar la exclusiva del dueño con la función social del objeto, siempre a partir de un concepto nuclear de la titularidad plena y exclusiva que la identifica y constituye el “contenido esencial” del derecho garantizado por la Constitución, contenido al que no puede atentar el legislador en ulteriores normas”. LACRUZ BERDEJO, J.L., [ET ALIUS]: *Elementos de Derecho civil. III.- Derecho reales. Volumen I.- Posesión y propiedad... Op. cit.*, Pág., 255. Sobre la intervención del Estado para regular la función social de la propiedad, *vid.*, VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Estudios sobre Derecho de Cosas. I.- Temas generales*. Ed. Montecorvo, S.A., 2ª edición ampliada. Madrid, 1985. Págs., 133 y ss.

³⁴⁷ “No cabe definir la posesión simplemente como ejercicio de otros derechos reales, o como exteriorización (apariencia) de un derecho real (exista o no en la realidad). La posesión puede ser una situación de poder sobre la cosa sin referencia a derecho alguno y, no obstante, goza de la protección interdictal (así ocurre con la posesión del precarista)”. BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)... Op. cit.*, Pág.,

a) *Posesión como hecho*

La posesión como poder de hecho significa señorío o poder de hecho, (dominación efectiva) sobre una cosa. Y ello con independencia de que se tenga o no derecho a ostentar ese señorío efectivo sobre la cosa. La ley protege ese señorío efectivo, ese poder de hecho en que la posesión consiste, atribuyendo al mismo ciertos efectos jurídicos. Es un hecho y por producir efectos jurídicos, un hecho jurídico³⁴⁸.

b) *Posesión como derecho*

Posesión como poder jurídico (derecho). Se llama también posesión a ciertas situaciones que sin ser de poder de hecho de una persona sobre una cosa producen los mismos efectos que éste. Se trata, pues, de situaciones en que la persona tiene sobre la cosa un poder jurídico concedido por el ordenamiento jurídico, con independencia de

164. "El concepto de posesión no es fácil y es especialmente arduo si se pretende hallar un concepto unitario, ya que en la posesión se contemplan situaciones distintas entre sí... Es célebre la frase de Ihering: "la posesión es el juguete que el hada del Derecho ha puesto en la cuna de la doctrina"" O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario...* Op. cit., Pág., 183.

³⁴⁸ "Por poder de hecho hay que estimar aquello que aparezca como tal ante la opinión común (conciencia social, criterio del comercio jurídico)". ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit., Pág., 38. Para hablar de la posesión como hecho es suficiente con que una cosa esté bajo el señorío efectivo de la voluntad de una persona aunque no tenga sobre ella un poder físico actual. Tampoco es preciso que esté a nuestro alcance y fuera del de los demás: "El poder de hecho implica que la cosa esté sometida de forma que quepa ejercer tal poder *duraderamente* sobre ella. Por tanto, no es un poder físico actual sobre la cosa, sino el hallarse bajo el *señorío efectivo de nuestra voluntad*. No consiste en la simple idea de tenencia material que es insuficiente e innecesaria: *Insuficiente*, en el sentido de que hay contactos corporales entre persona y cosa que no son tal poder (como el que enciende un cigarrillo con el mechero que otro le acaba de dejar, o la silla que ocupa en una visita); *innecesario*, en el sentido de que se tiene posesión como poder de hecho, aunque no se tenga tenencia física por razón de que ésta la tiene el llamado servidor de la posesión ajena (así, el dinero que lleva la chica de servicio, lo posee la señora sin tenencia material y ella es simple servidora de la posesión)". O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario...* Op. cit., Págs., 184. "El poder de hecho en que la posesión consiste, no requiere..., la tenencia material de la cosa en la mano. Pero ni siquiera es preciso tampoco que ésta esté sólo a nuestro alcance, y fuera del de los demás (pues de exigirse ambas cosas, casi nadie poseería nada, salvo lo que llevase encima). Se requiere sólo que ciertamente la cosa se halle bajo el poder de nuestra voluntad, porque, aunque esté al alcance de los demás, éstos no la hayan sometido al suyo. Tal estar en poder, depende de la concepción social. Así, yo poseo mi finca distante, sin cercar y sola (aun sin guarda), porque efectivamente yo la señoreo de hecho (voy cuando hay cosecha, la recojo, entro y salgo cuando quiero, etc.), y los demás que (sin estar cercada) podrían también hacerlo, de hecho no lo hacen; y si alguno llega a hacerlo (siempre que no sea una entrada furtiva, externamente no configurable como apoderamiento estable), se convierte en poseedor de hecho. Aunque yo conserve la posesión como derecho. E igual se diga... del bañista, que deja la ropa amontonada en la orilla, materialmente más cerca de los que están allí, que de él que se aleja a nado..." ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit., Págs., 39-40.

quien ostente la dominación efectiva, e independientemente de a quien corresponda el derecho real definitivo sobre la cosa. Estas situaciones denominadas posesión como derecho son tres: la posesión incorporal del despojado, la posesión civilísima y, la posesión mediata³⁴⁹.

c) Derecho de posesión o ius possessionis vs. Derecho a poseer o ius possidendi

Se llama derecho de posesión o *ius possessionis*, al conjunto de facultades que el poseer la cosa como hecho o como derecho otorga en orden a la cosa. Así, la de seguir poseyéndola, adquirir sus frutos, usarla, ser protegido en la posesión que se tiene, etc. Se trata de un derecho originado por la posesión. Por llamar posesión tanto a este derecho de posesión como al propio hecho de la posesión, es por lo que se dice que tiene una doble naturaleza; como hecho y como derecho.

Derecho a poseer o *ius possidendi* es el que independientemente de que se sea o no poseedor, compete a la persona a quien, según la ley, corresponde la facultad de poseer la cosa (al dueño de la misma, al arrendatario...) ³⁵⁰.

³⁴⁹ “A) Quien es despojado por otro de la cosa que materialmente poseía, ciertamente pierde la posesión corporal, pero conserva durante un año (CC art. 460.4º) un poder (una llamada posesión) incorporal (o ideal), en cuya virtud, puede, independientemente de que tenga o no derecho (normal) sobre la cosa, recuperar (durante ese plazo) mediante la oportuna reclamación judicial su tenencia material (CC art. 446), además de producirse otros efectos a su favor (como seguir usucapiendo: cfr., art. 1944 CC)... B) Quien en el Derecho del Código civil hereda a otro, adquiere sobre las cosas poseídas por el difunto (y aparte de la propiedad de los bienes de éste) un cierto poder jurídico llamado posesión civilísima (en el sentido de no consistir en un poder efectivo sobre la cosa, sino consistir sólo en estar establecida por el Derecho civil), independientemente de que de hecho hayan pasado o no a su poder las cosas heredadas (CC art. 440). Y en virtud de aquel poder, tiene, en principio, la facultad de tomar por sí la posesión efectiva de las mismas o de pedir (mediante el llamado interdicto de adquirir [juicio verbal sumario]) que se le entregue jurídicamente... C) Quien carece de la posesión directa de una cosa (posesión inmediata) puede, sin embargo, tener sobre la misma cierta clase de poder jurídico llamado *posesión mediata*: por ejemplo, el dueño que otorga al arrendatario la posesión efectiva de la cosa arrendada, conserva la posesión (mediata) de la misma”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 11ª edición, revisada y puesta al día por ENCARNA CORDERO LOBATO. Madrid, 2010. Págs., 35-36.

³⁵⁰ “Dentro de los derechos reales se caracteriza la posesión porque su ámbito de poder consiste en facultades de *inmediato goce* o tenencia sobre la cosa, que el Derecho protege con carácter *provisionalmente* prevalente. El que posee puede retener la cosa, e incluso puede tener, de momento, otras facultades de dominación inmediata (usarla, recoger los frutos, hacer mejoras) y cuyo alcance dependerá del tipo de derecho (exista o no) que por la posesión se exterioriza (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.); fundamentalmente tiene siempre la facultad de *tenencia* y, si es despojado de la cosa, la facultad de *recuperarla*. Estas facultades de dominación inmediata le están conferidas con carácter *provisionalmente* prevalente. Es decir, el derecho de posesión (*ius possessionis*) prevalece de *momento* (en los juicios posesorios) incluso frente a la propiedad. Pero sólo de momento, o sea, mientras no se decida en el juicio

d) *Fundamento de la posesión*

¿Por qué se protege al titular de la posesión; es decir, al que se manifiesta sobre la cosa como titular de un derecho, con independencia de que exista o no en la realidad? Las dos grandes teorías explicativas arrancan de IHERING y SAVIGNY.

La teoría de SAVIGNY es que debe protegerse la posesión porque es necesario evitar la violencia contra la persona del poseedor, pues toda violencia es injusta. Hay que mantener el *orden público* e impedir que las gentes se hagan justicia por sí mismas. A lo que opone IHERING que es anómalo pensar que haya sido creado el sistema de protección de la posesión para amparar a los usurpadores contra los propietarios³⁵¹.

Según IHERING debe protegerse la posesión porque es un modo de proteger la propiedad misma (o el derecho respectivo), ya que el poseedor generalmente es el propietario (o titular). Para repeler inmediatamente la agresión el propietario no necesita esgrimir sus títulos de propiedad; le basta con invocar su posesión. De este modo los

correspondiente (juicio petitorio) quien tiene, en definitiva, la facultad de poseer (*ius possidendi*). El juicio posesorio se limita sólo a la cuestión de la posesión, se resuelve en un juicio verbal especial y la sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada. El juicio petitorio será el juicio declarativo que por la cuantía [o por razón de la materia] corresponda y su sentencia produce fuerza de cosa juzgada”. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)...* Op. cit., Págs., 163-164.

³⁵¹ “Para SAVIGNY, la posesión resulta de la concurrencia de dos elementos: el *corpus* y el *animus*. El *corpus* no es solamente la tenencia material de una cosa, sino la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata sobre ella y de excluir toda influencia extraña. El *animus*, elemento espiritual de la posesión, es la voluntad de tener la cosa para sí y como dueño (*animus rem sibi habendi; animus domini*). El arrendatario o el usufructuario tienen voluntad de tener la cosa para sí, para poder usar de ella, pero la voluntad de tener la cosa como propia debe seguir residiendo en el propietario, porque aquéllos le reconocen como tal, tienen la voluntad de poseer para él. La existencia de ese *animus* es condición precisa, para SAVIGNY, de la posesión. De lo contrario no habría más que detentación. La tesis de SAVIGNY fue sometida a crítica profunda por IHERING. Frente a aquella teoría, que califica de subjetiva por basarse en el ánimo o voluntad con la que se posee, opone la teoría objetiva. IHERING niega que al *corpus* haya de yuxtaponerse un *animus* específico, como quería SAVIGNY, para que nazca la posesión y se salga de la mera tenencia. Tal *animus* está encerrado en el *corpus*, pues son entre sí como la palabra y el pensamiento. En la palabra toma cuerpo el pensamiento, en el *corpus* toma cuerpo la voluntad de poseer... El *animus* se deduce de la actividad posesoria, de cómo se ejerce el señorío sobre la cosa. El simple tenedor se comportará como propietario si enajena la cosa, prohíbe al verdadero propietario la entrada en el fundo, etc. En otras palabras, efectuará actos de propietario, sin que sea necesario ni posible indagar cuál es su voluntad (subjetiva o interna)”. Díez-PICAZO, L., Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general...* Op. cit., Pág., 85. Vid., SAVIGNY, F.K.V.: *Tratado de la posesión, según los Principios del Derecho romano*. Ed. Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica. Madrid, 1845; IHERING, R.V.: *La posesión*. Ed. Reus, 2ª edición. Versión española de ADOLFO POSADA. Madrid, 1926.

propietarios (o titulares) obtienen una fácil y rápida protección, aunque a costa de que, en algún caso, el que resulte protegido no sea el propietario sino un usurpador. La posesión es un complemento indispensable de la protección del derecho (que por la posesión se exterioriza).

La explicación de IHERING no basta por sí sola para justificar la protección posesoria en nuestro sistema, donde está protegido incluso el poseedor en precario. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS la fundamenta en la contribución a la producción y a la estabilidad económica y social, en la seguridad del tráfico de los bienes y, en la garantía de la libertad de acción de la persona sobre los bienes que le están sujetos³⁵².

³⁵² “El fundamento de la protección de la posesión no está sólo en constituir la avanzadilla de la defensa de la propiedad, puesto que los efectos de la posesión son más amplios. Esta institución: Es en sí (como la propiedad) una garantía de la libertad y dignidad de la persona. Con la posesión se reconoce a la persona un ámbito de libertad de acción sobre los bienes que le están sujetos, que merece el amparo inmediato de los poderes públicos en tanto, en juicio plenario, no se decida definitivamente sobre la titularidad de los bienes. Contribuye a la producción y a la estabilidad económica y social (se protege a los que explotan los bienes, labran los campos, ocupan las viviendas), impidiendo súbitos quebrantos de las unidades económicas y suavizando las consecuencias de las restituciones; y amparan al poseedor sobre todo aquellas normas que, como las de la usucapión, hacen que la posesión dé lugar a situaciones jurídicas definitivas. Contribuye a la misma seguridad del tráfico de los bienes, en la medida en que la posesión sea un signo de propiedad en el que cualquier adquirente pueda confiar a efectos de que su adquisición prevalezca aunque el transmitente (y poseedor) no fuera el dueño. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*... *Op. cit.*, Pág., 165. “Fundamento de la protección jurídica de la posesión... Todas las teorías han sido clasificadas por Ihering en dos grupos, clasificación que seguiremos, incluyendo en sus términos las opiniones posteriores a la del gran romanista. A) *Teorías absolutas*, que encuentran el fundamento de esa protección en la posesión misma. Tales son: 1º.- Las que sostienen representar la voluntad incorporada a la materia. Entre las que mantienen este punto de vista están a) Puchta y Walter, diciendo el primero que la posesión es un derecho de la persona a su propia personalidad y a la inviolabilidad de su voluntad, manifestada en el dominio sobre las cosas; b) Gans, para el cual representa la voluntad particular, que tiene en sí algo de respetable y merece defensa (mientras no se oponga a otra superior jurídicamente), elevándose la posesión a propiedad cuando a la voluntad particular se une la general; c) Bruns, quien, explicando esto mismo, dice que la protección de la posesión es consecuencia de la universal naturaleza del querer, en el sujetar el hombre la cosa a su voluntad, pues solo por el hecho de su personalidad puede dominarla; es decir, que las cosas se han hecho para el hombre y éste las domina mediante su voluntad, lo que debe ser respetado y protegido por la ley; d) Randa, quien sostiene que el querer, aun cuando no se justifique y sea un puro hecho, debe ser jurídicamente defendido; y e) Molitor, quien alega en favor de esto, que un hecho sin voluntad queda en la categoría de simple hecho, y que la voluntad, que es lo que constituye el *ius possessionis*, es el elemento general del Derecho. Todas estas teorías, algo sutiles, encierran un fondo de verdad; pero no pueden extremarse ni considerarse como razones fundamentales, pues la voluntad humana y menos la particular no es el origen del Derecho, y si debieran ampararse por la ley y defenderse todas las voluntades particulares, aunque fuesen ilícitas, se producirían monstruosidades jurídicas. 2º.- Una doctrina especial es la de Stahl, para el que debe ser protegida la posesión porque sirve para el mejor cumplimiento del destino universal del patrimonio, poniéndonos de hecho en relación con las cosas y permitiendo la utilización de éstas. B) *Teorías relativas*, que buscan el fundamento de la protección, no en la posesión, sino en otras instituciones o consideraciones distintas a ella. Son: 1º.- Las que lo fundan en la necesidad de mantener el orden *impidiendo la violencia*, en a) el orden *privado*; todo despojo hecho al poseedor sería un delito contra éste, por representar una violencia contra su persona (Savigny); b) en el orden *público*, ya que tal violencia sería un atentado contra éste, que se perturbaría con ella (Andorff y Serafini). Pastor desenvuelve esta teoría diciendo que es indispensable que la ley proteja el simple ejercicio externo de un derecho, sin averiguar previamente los títulos en que se funde (mientras

Dentro de la moderna jurisprudencia de intereses debe destacarse la teoría de la continuidad o del mantenimiento del *statu quo*, expresada por HECK; según el cual la razón por la que se protege al poseedor radica en la necesidad de que la vida jurídica tenga continuidad³⁵³.

legalmente no se pruebe su ineficacia), porque sólo al estado corresponde apreciar las infracciones de las reglas de Derecho (nadie puede tomarse la justicia por su mano, salvo en el caso de legítima defensa) y todo el que por su propia autoridad despoje al poseedor, ejecuta una acción que la ley no puede tolerar, cualesquiera que sean los títulos en que pretenda fundarse; de lo contrario, los derechos más legítimamente adquiridos se encontrarían a merced de la fuerza o de la astucia y el orden social sería constantemente perturbado; por lo que Cavalario encuentra el fundamento de la protección posesoria en la necesidad de evitar riñas continuas entre los ciudadanos. 2º.- La de Thibaut, que alega como razón que nadie puede prevalecer sobre otro sin motivo o *razón preferente*, es decir, que en igualdad de circunstancias debe ser amparado el poseedor (*in pari casu melior est conditio possidentis*). 3º.- La de *irreprochabilidad*, en virtud de que todo hombre se presume bueno y justo mientras no se pruebe lo contrario, y por tanto, toda posesión debe considerarse irreprochable y ampararse mientras esa prueba no tenga lugar (Röder, Ahrens). 4º.- Las que lo fundan en el derecho de propiedad, considerando: a) Que la posesión es una propiedad probable o presunta, es decir, que la posesión es un signo del derecho de propiedad (Gönnner), como el signo exterior y visible de éste (Clemente de Diego), por lo que establece la presunción *iuris tantum* del dominio en favor de quien la tiene (Romagnosi, Zachariae, Mulembruch, Troplong, De Crescencio), estimándose por el pronto que el poseedor es dueño mientras el reclamante no demuestre lo contrario; b) Que es una propiedad incipiente o provisional (Sthal, Gans, Trendelenburg), llamada a convertirse en definitiva si nadie se opone; y, c) Que la posesión no es otra cosa que la propiedad a la defensiva, y esa protección es como una fortificación avanzada del derecho de propiedad y complemento necesario debida a éste; pues la propiedad habría dejado de existir muy pronto si el propietario hubiera tenido que probar cada vez su derecho de propiedad para verse protegido en el uso de ésta (Ihering), esperando los trámites de un largo juicio y estando privado durante él de la cosa que le hubiera sido arrebatada; por lo que es necesario que se den medios fáciles y expeditos para defender la propiedad, los cuales, para ser eficaces, es preciso que se otorguen a todos los que posean como si fuesen propietarios; y si bien puede darse el caso de que tales medios se empleen contra el verdadero propietario, quedan a éste otros para reclamar su propiedad (Cepeda). Claro está que abundan las *teorías mixtas*, que defienden la posesión por sí misma a la vez que por otras razones o motivos jurídicos. Entre ellas merece mencionarse la de Mendizábal, quien, intentando construir una teoría que abarque todas las diversas razones para evitar el error de que, consideradas parcialmente, se crea que el fundamento de la protección posesoria se encuentra en una de ellas, dice que en el derecho de posesión se comprenden tres aspectos o puntos de vista, en virtud de los cuales debe ser protegida, a saber: 1º las facultades del sujeto sobre la cosa poseída, las cuales son consecuencia de la superioridad del hombre sobre la naturaleza y de la subordinación que los medios y seres inferiores guardan con el superior, 2º el respeto de ellas por los demás hombres, pues el que posee ha colocado esos medios o cosas dentro de su esfera de acción y se le perturbaría en sus derechos si otro se los arrebatase, pues él une al derecho abstracto y general que todos tienen la realización concreta de ese derecho, y 3º la protección social de que la posesión goza, la que tiene por motivos: la justicia, que exige respetar los actos lícitos ajenos; la presunción de que es dueño de un derecho el que lo ejerce y la conveniencia del orden social, el que, en caso contrario se vería constantemente perturbado por las frecuentes contiendas a que darían lugar las usurpaciones de los criminales, la audacia de los litigantes temerarios y las titulaciones defectuosas”. Voz POSESIÓN en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XLVI. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985. Págs., 782-783.

³⁵³ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión...* Op. cit., Págs., 630-696; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit., Págs., 33-114; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)...* Op. cit., Págs., 161-194; DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general...* Op. cit., Págs., 82-122; LACRUZ BERDEJO, J.L., [ET ALIUS]: *Elementos de Derecho civil. III.- Derecho reales. Volumen I.- Posesión y propiedad...* Op.

“Estos antecedentes -que pudieran tenerse como impertinentes "obiter dicta"- son necesarios para fijar el alcance de la criminalización de la usurpación pacífica”³⁵⁴.

No puede obviarse que el bien jurídico en el Derecho penal actual constituye el punto de partida y la idea que preside la formación de los tipos objetivos de desviación, en cuanto que dicho bien jurídico presupone una valoración normativa de que los intereses que comporta son relevantes para la vida de la comunidad y como tales merecedores de protección mediante el Derecho penal. De ahí, que se admita que el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos sancionadores.

Lo anterior supone que el concepto de bien jurídico deviene en instrumento para limitar el Derecho penal a la sanción del comportamiento intolerablemente dañoso; función vinculada a la jerarquía de los valores protegidos por la Constitución y, en especial, al principio de subsidiariedad de aquél, como *ultima ratio* de la intervención punitiva del Estado. La consideración del bien jurídico como una plasmación valorativa de intereses relevantes para la configuración y mantenimiento de la sociedad y como límite de la actuación del *ius puniendi* implica, que no toda alteración perjudicial para un bien, en tanto que interés valorado positivamente, resulta relevante para el Derecho penal, sino sólo aquellas que vengan dadas por un comportamiento significativo en cuanto negador del significado jurídico de la norma de protección. De ahí que la lesión del bien jurídico no se identifique exclusivamente con la acción como suceso externo

cit., Págs., 21-102; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.* Ed. Thomson-Civitas, 5ª edición. Navarra, 2008. Págs., 613-780. En relación con la moderna jurisprudencia de intereses, *vid.*, GARCÍA SALGADO, M.J.: *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck.* Ed. Comares. Granada, 2011. “Son de HECK..., en síntesis de Díez-PICAZO, las siguientes reflexiones: La continuidad de una situación constituye un bien social en sí mismo, con independencia de que tras dicha situación exista o no un derecho subjetivo. El poseedor que carezca de derecho cederá ante el titular o propietario, pero sólo una vez que el litigio haya sido ventilado ante los Tribunales. Todo ataque arbitrario a la continuidad es un daño a un interés vital y socialmente necesario. Por eso, el ataque a la continuidad debe ser impedido hasta que la existencia de un derecho mejor o de una razón de poseer más vigorosa y de mayor peso sea establecida por los órganos judiciales del Estado. Hasta ese momento, la continuidad debe mantenerse y el estado posesorio no queda modificado”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: << La protección de la posesión en el derecho español. Tutela interdictal. Cuestiones generales >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 6. Los procesos interdictales. Año 1993. Pág., 11; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión...* *Op. cit.* Pág., 631.

³⁵⁴ DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 766.

sino con la acción final como comportamiento contrario a la valoración positiva que contiene la norma jurídico-penal de determinados intereses relevantes. Esto nos obliga a identificar el espacio de protección pretendido por el legislador mediante el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, para lo cual se acude a los criterios de interpretación de las normas establecidos en el Código Civil (art. 3.1), y especialmente a los criterios sistemáticos (a los que no pueden ser ajenos las reglas civiles que regulan la propiedad, los estados posesorios...). En este sentido, no cabe ocultar la dificultad que concurre no ya sólo para la identificación de los elementos del tipo sino de su propio perímetro de protección con el consiguiente riesgo de que por una falsa puerta interpretativa el juzgador pueda “destipificar” la conducta objeto de prohibición mediante una inaplicación por remisión a otro orden jurisdiccional. Ahora bien, dicho riesgo no disculpa la necesidad de acometer de forma rigurosa dicha labor, pues no puede ocultarse que los tipos penales necesitan para subsistir de una determinada “atmósfera” que les suministre el “oxígeno” necesario para su aplicación. “Oxígeno” que sólo puede identificarse con intereses constitucionales merecedores de protección ante conductas que en términos de adecuación normativa puedan lesionarlos o ponerlos en una situación de peligro intolerable.

En relación al tipo de referencia, se ha mantenido con cierto ritualismo que el bien jurídico objeto de protección es la posesión. Sin embargo, dicha afirmación no agota ni mucho menos el problema nuclear³⁵⁵.

1.4.2.- PRIMERA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POSESIÓN CONTINUA, PERMANENTE Y ESTABLE EN EL TIEMPO, DERIVADA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Un sector doctrinal y jurisprudencial considera la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad el bien jurídico protegido en

³⁵⁵ DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 779-780. *Vid.*, Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 4-5-2004, nº 463/2004, rec. 495/2004, Pte: Hernández García, Javier (EDJ 2004/71415). “La interpretación del precepto, cuya lectura gramatical no deja lugar a la duda, ha supuesto un cúmulo de diversas interpretaciones y respuestas jurisprudenciales por parte de las diferentes Audiencias Provinciales que han venido resolviendo habitualmente los recursos planteados contra las sentencias de los Juzgados de lo Penal”. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*. Nº 98, Marzo 2009. Pág., 170.

el artículo 245.2 del Código Penal. No es, pues, cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino únicamente la derivada del derecho de propiedad³⁵⁶.

Sostiene FERNÁNDEZ APARICIO que “en cuanto al bien jurídicamente protegido parece evidente que es la propiedad, más en concreto el *ius utendi*. El derecho a usar un inmueble que no es morada y que queda cercenado por una ocupación ilegal. El *ius utendi* aparece generalmente ligado al dominio salvo el supuesto del *nudum* propietario. No en vano la definición que daban los glosadores de propiedad era *ius utendi et abutendi rea sua quatenus iuris ratio patitur*. La propiedad ya no es un derecho sagrado e inviolable como se afirmaba en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, sino un derecho atemperado por la función social, tal y como expresa el art. 33 de nuestra Constitución³⁵⁷. Es este concepto de propiedad el que debe ser

³⁵⁶ De esta opinión, *Vid.*, RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M^a.P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*. Nº 29. Julio-Diciembre 2009. Págs., 152-154; BLANCO PEÑALVER, A.: << Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. K. Usurpación >> en *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal. Tomo II*. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIR.). Ed. Bosch. Barcelona, 2006. Págs., 1648-1649. BENTABOL MANZANARES se refiere al art. 245.2 CP como “nueva modalidad comisiva, reflejo de una importante demanda social, cual era acabar con el fenómeno de los llamados “okupas” y otorgar así una *más firme protección al derecho a la propiedad privada*”. BENTABOL MANZANARES, F.: *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades*. Ed. Colex. Madrid, 1996. Pág., 60.

³⁵⁷ “En la sección 2^a del capítulo II (que trata de “Derechos y libertades”) del título I (“De los derechos y deberes fundamentales”) de la Constitución española de 1978, se incluye el artículo 33, cuyo apartado 1 dice: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”... El derecho de propiedad se considera en el apartado 2 del artículo 33 de la Constitución que ha de estar sujeto a una función social, lo mismo que el derecho a la herencia. Dice la disposición que “la función social de estos derechos delimita su contenido, de acuerdo con las leyes” o, en otras palabras, que las leyes, concretando la función social, son las que... establecerán los límites de su extensión o intensidad, o las cargas, deberes y obligaciones que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común... Los límites al dominio tienen su causa en la función social, término siempre polémico en cuanto a su exacto significado. Debe negarse que la Constitución haya partido del presupuesto de que el propietario sea un mero gestor de lo que los poderes públicos decidan, pues de lo contrario no tendría sentido el reconocimiento de la propiedad privada. Por función social debe entenderse, con fundamento en el artículo 128.1 de aquel texto [“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”], que se encuentra subordinada al interés general, o con palabras más clásicas, al bien común... Dado que el artículo 33... termina con un apartado que veda que pueda el titular ser privado de sus bienes y derechos salvo por causa justificada de utilidad pública o interés social, y siempre mediante la correspondiente indemnización y de acuerdo con lo dispuesto en las leyes, el Tribunal Constitucional dice que la propiedad “es como un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el artículo 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social legitima la expropiación” (S. del Pleno de 2 de diciembre de 1983, recurso de inconstitucionalidad 116/83)”. Díez-PICAZO, L., Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general... Op. cit.*, Págs., 144-145. “La propiedad no es una función social, en el sentido de que se otorgue el poder sobre la cosa para que mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la Comunidad. La propiedad... es un Derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica. Y otra cosa es que esa satisfacción se cohoneste con las conveniencias de la Comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo

considerado bien jurídicamente protegido. Además no olvidemos... [el emplazamiento sistemático] dentro del Título XIII del Libro II, que se rubrica "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". Este título sustituye al antiguo Título XIII, "Delitos contra la propiedad" [del Texto Refundido de 1973, que procedía del Código Penal de 1848].

Debe considerarse, dentro de la propiedad, el *ius utendi* como lo especialmente protegido. Esto es así, dado que el ocupante ilegal no se propone como regla general adueñarse del inmueble sino usarlo como vivienda. Si la finalidad del sujeto activo fuera adueñarse en totalidad de la cosa sí estaría atentando no sólo al *ius utendi* sino además a la totalidad de facultades que suele concurrir en la propiedad”³⁵⁸.

del mismo”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes... Op. cit.*, Pág., 235. “Aunque todas las limitaciones legales obedecen, en último término, al interés social, hay que distinguir entre aquellas que directamente se establecen en interés público y entran en la esfera del Derecho administrativo, y aquellas otras que se imponen en interés de los particulares y pertenecen propiamente al Derecho civil. Se señala como prototipo de [limitación de utilidad pública] la expropiación forzosa, que afecta a la totalidad del dominio... Pero el efecto de ésta, más que limitar la propiedad, es sustraer la cosa a la propiedad privada, bien que mediante el pago de su valor. Más propias limitaciones son las que afectan a facultades parciales del dominio, principalmente la de gozar y la de excluir, y que generalmente se consideran (aunque con poca exactitud) como servidumbres legales”. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión... Op. cit.*, Págs., 238-239. Enumera CASTÁN TOBEÑAS las siguientes limitaciones administrativas: “Las llamadas servidumbres legales de interés público... a) en interés de la seguridad, salubridad y ornato públicos... policía urbana... policía de comunicaciones terrestres, policía de ferrocarriles, policía de servicio de telecomunicaciones y radiodifusión. b) En interés de la defensa nacional... c) En interés de la aviación... d) Limitaciones y servidumbres impuestas por la Ley de Costas... e) Limitaciones y servidumbres impuestas sobre la propiedad agraria... f) Limitaciones y servidumbres impuestas sobre la propiedad forestal... g) Limitaciones y servidumbres impuestas sobre la llamada propiedad minera... h) Limitaciones y servidumbres impuestas en materia de aguas... i) Limitaciones y servidumbres sobre la propiedad urbana... j) Limitaciones impuestas en interés de la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico... k) Limitaciones en interés de los servicios de suministro de energía eléctrica... l) Limitaciones como protección del medio ambiente...”. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión... Op. cit.*, Págs., 239-245. “Ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1987 que la delimitación del contenido de la propiedad privada puede llevarse a cabo por la Administración, "de acuerdo con las leyes". La reserva de ley, añade, prohíbe "toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido de la propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*"...”. Díez-PICAZO, L., Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general... Op. cit.*, Pág., 145. Habrá que estar, pues, en cada caso concreto, a la normativa (ley) especial que regule, por razón de interés público, cada limitación administrativa al derecho de propiedad.

³⁵⁸ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*. Nº 4, año 1997. Pág., 1317. En términos similares se pronuncia HERRERO HERRERO al decir: “En todos [los delitos de usurpación], el bien jurídico protegido es, desde luego, el patrimonio, pero no en las mismas dimensiones del mismo... En la ocupación o mantenimiento "pacíficos" de inmuebles, el bien jurídico protegido sería, de acuerdo con la "ratio criminandi", el "ius utendi" por parte del dueño, que es el derecho generalmente atacado por el "ocupismo". Pero puede darse que el "ocupa" u "ocupas" persiguieran la propiedad definitiva, en cuyo

En este sentido se pronuncia la Jurisprudencia *menor*³⁵⁹.

caso el bien jurídico protegido no sería otro que el derecho de propiedad en toda su extensión. El precepto penal admite, porque no distingue, ambas posibilidades”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* Op. cit., Págs., 150-151. Aunque estos autores no empleen exactamente los términos *posesión continua permanente y estable en el tiempo derivada del derecho de propiedad*, subsumimos su concepción en esta categoría ya que de sus palabras se infiere que la posesión vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el dominio, o la que no esté vinculada a ningún derecho (posesión como hecho de un precarista, de un usucapiente del dominio o de un derecho real limitado poseíble...), no tiene protección penal; y porque únicamente consideran protegido el *ius utendi* del dueño, no de cualquier otro poseedor. Si bien, advertimos un cierto aproximamiento a la siguiente concepción que exponemos (*posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada*) cuando FERNÁNDEZ APARICIO sostiene que “el *ius utendi* aparece generalmente ligado al dominio salvo el supuesto del *nudum propietario*”, aunque parece finalmente desdecirse al concluir que “debe considerarse, dentro de la propiedad, el *ius utendi* como lo especialmente protegido”, no siendo, pues, cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino únicamente la derivada del derecho de propiedad.

³⁵⁹ Así, la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 13-10-2000, nº 181/2000, rec. 174/2000, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan (EDJ 2000/52612): “El artículo 245.2 del Código Penal, ubicado entre los delitos contra el patrimonio en el Título XIII, sanciona con multa de tres a seis meses al “que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular”. *El legislador ha querido dar protección penal con este precepto a la posesión del propietario para que pueda ejercer las facultades que le confiere su derecho de dominio*; y sobre la base de este bien jurídico, ha definido la prohibición de ocupar o mantenerse indebidamente en “un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada”... el bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella... La ubicación sistemática del art. 245.2 CP en el Título XIII (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”) nos permite aventurar que *no es cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino la posesión que deriva del derecho de propiedad, lo que permitirá aventurar la hipótesis de que cualquier otra posesión, como por ejemplo la vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el de dominio, o que no esté vinculada a ningún derecho, no puede tener protección penal*. Estas posesiones, si se ven perturbadas, tendrán que recurrir a los medios a que se refiere el artículo 446 CC [“Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”]... no es el criterio de la habitabilidad el que ha de considerarse para hacer entrar en juego la norma penal, sino el del bien jurídico que se trata de proteger con ésta que es, como se ha dicho, la posesión del propietario socialmente manifiesta...”. En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 6-3-2009, nº 127/2009, rec. 60/2009, Pte: Perales Guilló, Mª Elena (EDJ 2009/67633): “Pues bien, el apartado 2 del artículo 245 del Código Penal tipifica como delito de usurpación la conducta del que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular. La ubicación de este artículo en el Título XIII del Código, dentro de los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, nos permite sostener que *no es cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino la posesión que deriva del derecho de propiedad. Ello quiere decir que cualquier otra posesión, como por ejemplo la vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el de dominio o la que no esté vinculada a ningún derecho, no puede tener protección penal por su carácter excepcional*. Estas posesiones, si se ven perturbadas, tendrán que recurrir a los medios que regula la jurisdicción civil. Consecuencia de lo anterior es que sólo puede ser sujeto pasivo del delito el propietario del inmueble, vivienda o edificio que tiene afectada la posesión de estos bienes por una acción de ocupación o permanencia. En cuanto a la conducta típica del injusto... es preciso señalar que lo que el legislador ha querido prohibir con este delito es un riesgo específico del bien jurídico de la posesión, concretamente el que se produce con la ocupación o mantenimiento indebido de un individuo dentro de un inmueble, vivienda o edificio ajeno deshabitado. Luego no es cualquier ocupación, como dice el recurso, la que está contemplada en el citado precepto, sino sólo aquélla que realmente signifique un riesgo a la posesión. Lo anterior conduce a excepcionar del tipo del injusto aquellos casos en los que no se actualiza efectivamente la posesión sobre el bien ocupado dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o en los que se objetiva una inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios,

ya sea por la breve duración de la utilización de la finca (lo que según el recurso sucedió en este caso) ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical. En definitiva, no quedarían comprendidos dentro del tipo legal, por su escasa o nula significación de riesgo para la posesión, por ejemplo, la entrada ocasional en una vivienda desocupada de un vagabundo para dormir...". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 30-6-1998, nº 484/1998, rec. 247/1998, Pte: Pérez de Rueda, Mª Pilar (EDJ 1998/29579): "La voluntad del legislador al redactar esta figura ha sido, la de amparar el derecho de posesión que tiene todo propietario, a fin de ejercitar todas las facultades que tal derecho de dominio le confiere. Partiendo de este bien jurídico, el legislador ha definido la prohibición de ocupar o mantenerse indebidamente en "un inmueble, vivienda o edificio ajenos que constituyen morada". El bien jurídico protegido por el delito de usurpación del mentado artículo 245.2 del CP es la *posesión, es decir, la relación directa e íntimamente ligada al propietario sobre la cosa...* Pues no es la habitabilidad el criterio sobre el que está basado el artículo 245.2, sino que el bien jurídico protegido es la *posesión del propietario socialmente manifiesta...*". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 22-4-2009, nº 462/2009, rec. 28/2009, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2009/107244): "*El legislador ha querido dar protección penal con este precepto a la posesión del propietario para que pueda ejercer las facultades que le confiere su derecho de dominio*; y, sobre la base de este bien jurídico, ha definido la prohibición de ocupar o mantenerse indebidamente en "un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada"... *El bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa, derivada de su condición de propietario de ella...*". Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 24-2-1998, nº 64/1998, rec. 728/1997, Pte: Hormazábal Malarée, Hernán (EDJ 1998/9270): "Ahora bien, el art. 245.2 del CP, contenido entre los delitos contra el patrimonio en el Título XIII, sanciona con multa de tres a seis meses al "que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular". *El legislador del año 1995 con este precepto ha querido dar protección penal a la posesión del propietario para que pueda ejercer las facultades que le confiere su derecho de dominio.* Sobre la base de este bien jurídico, el legislador ha definido la prohibición de ocupar o mantenerse indebidamente en "un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada." El objeto material del delito, como puede verse claramente, queda definido por un elemento positivo, la calidad de inmueble y ajeno, y otro negativo, que no constituya morada. La interacción entre ambos elementos es la que precisa el objeto material del delito. Con la condición negativa se quiere dejar claro que se ha de tratar de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado, pues en caso contrario, de constituir una morada, esto es un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el contemplado en el art. 202 del CP, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad y, por supuesto, no el más benigno de usurpación. En cambio el bien jurídico protegido por el delito de usurpación del art. 245.2 del CP es la posesión, esto es una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella. La posesión constituye una situación fáctica que está amparada por el ordenamiento jurídico con una tutela específica, la llamada tutela interdictal regulada en sus aspectos esenciales en los arts. 441 a 446 del CC. A este amparo de carácter civil de los interdictos posesorios, el legislador de 1995 ha sumado una protección penal definiendo como delito la conducta del art. 245.2 del CP. La intervención penal sobrevenida obliga a este Tribunal a una interpretación rigurosa del precepto, esto es, a una interpretación que de acorde con los principios básicos que informan al Estado social y democrático de derecho definido constitucionalmente, permita establecer el límite que separa el ámbito de protección del interdicto posesorio y del precepto penal. Se trata de establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes que permitan resolver en cada situación particular la posible tipicidad de la conducta concreta realizada. Es obvio que no toda perturbación de la posesión es subsumible en el precepto penal. La protección esencial y general viene dada por los interdictos posesorios. La intervención penal, inspirada en los principios de proporcionalidad y "extrema ratio", con clara base constitucional en los arts. 1.1 (libertad y justicia), 9.3 (interdicción de la arbitrariedad) y 10.1 (dignidad de la persona), sólo puede quedar reservada en los términos del precepto penal, para los casos más graves, esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación. La ubicación sistemática del art. 245.2 del CP en el Título XIII "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" ya nos permite sostener que *no es cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino la posesión que deriva del derecho de propiedad.* Ello quiere decir, que cualquier otra posesión como por ejemplo la vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el de dominio, o que no esté vinculada a ningún derecho, no puede tener protección penal. Estas posesiones, si se ven perturbadas, tendrán que recurrir a los medios a que se refiere el art. 446 del CC. En consecuencia, sólo puede ser sujeto pasivo del delito el propietario del inmueble vivienda o edificio que tiene afectada la posesión de estos bienes por una acción de ocupación o de permanencia. Ahora bien, ya entrando a

considerar el tenor literal del art. 245.2 del CP queda claro que el legislador ha querido prohibir, un riesgo específico del bien jurídico posesión, el que se produce con la ocupación o mantenimiento indebido de un individuo dentro de un inmueble, vivienda o edificio ajenos deshabitado. Luego, no es cualquier ocupación la que está contemplada en el citado precepto, sino sólo aquella ocupación que realmente signifique un riesgo a la posesión. Esa significación de riesgo a la posesión es la que le da sentido y significación de típica a la conducta de ocupar o mantenerse en un inmueble, vivienda o edificio ajenos. No quedarían comprendidos dentro del tipo en consecuencia, por su escasa o nula significación de riesgo para la posesión, por ejemplo, la entrada ocasional en una vivienda desocupada de un vagabundo para dormir. La posesión es antes que nada un hecho protegido jurídicamente en forma amplia en lo civil con los interdictos posesorios y con carácter excepcional penalmente. Según se desprende del art. 438 del CC se debe estimar que esta situación de hecho de relación con una cosa se ha entablado cuando hay contacto material con ella o bien cuando hay actos de voluntad en relación con ella. Luego, sin lugar a dudas también hay posesión aun cuando no haya contacto material con la cosa. En estas situaciones, el hecho posesorio queda establecido por los actos de voluntad que denotan el señorío sobre la cosa por el que tiene un derecho sobre ella. La doctrina civil más actual señala que la determinación de la existencia de una relación posesoria o de señorío sobre una cosa se debe hacer sobre la base de la conciencia social que exista sobre dicha relación. Debe ser, de acuerdo con esta línea de pensamiento, la opinión general la pauta que servirá de orientación para dar por establecida la posesión. Habrá posesión, en consecuencia, en la medida que la conciencia común en un determinado ámbito social entienda que ésta existe sobre una cosa. (Hernández Gil, La función social de la posesión, Madrid, 1967; el mismo, La posesión, Madrid, 1980). Así, de acuerdo con lo expuesto, la posesión puede ser más o menos manifiesta socialmente. Son los actos de voluntad sobre la cosa los que la hacen manifestarse socialmente. Pero, en todo caso, lo que está claro es que el amparo interdictal protege toda posesión en forma amplia, aun cuando no exista conciencia del señorío de una determinada persona sobre la cosa. El interdicto posesorio protege la posesión cualquiera que sea la intensidad de su forma de manifestación. Quedan protegidos mediante los interdictos posesorios tanto las mieses que el labrador deja en el campo, como los ladrillos de una construcción que han quedado en la obra durante el período vacacional (Díez-Picazo y Gullón, Sistema de Derecho Civil, Vol. III, Madrid 1992, pág. 107). De esta forma, sobre la base de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta el carácter excepcional de la protección penal y atendiendo al criterio de proporcionalidad que debe informar toda intervención penal de conformidad con la Constitución de 1978, sólo cabe considerar entre las situaciones amparadas por el art. 245.2 del CP, aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno consistente en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que signifiquen un riesgo a una posesión que sea clara y socialmente manifiesta. Sin lugar a dudas, quedaría amparada penalmente la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio temporalmente deshabitado a la espera de un comprador, una obra en construcción etc. En todos estos casos la ocupación tiene un plus de desvalor que justifica una intervención penal y la consecuente exclusión del amparo interdictal al tenor del art. 114 de la LECrim. ["Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II, título I, de este libro, respecto a las cuestiones prejudiciales"]. En cambio, esta intervención penal aparece desproporcionada tratándose de fincas abandonadas, en mal estado, fincas en que la posesión no tiene el arraigo social que tienen, por ejemplo, las casas de temporadas o las casas del constructor temporalmente deshabitadas a la espera de un comprador. No están, como sostiene la sentencia recurrida y tiene razón en este sentido el Ministerio Fiscal, excluidos de la protección penal los inmuebles, viviendas o edificios que no están en condiciones de ser habitados. El tenor literal del precepto es claro en este sentido pues coloca en el mismo plano inmuebles, viviendas y edificios. Si el legislador hubiera querido excluir sobre la base de la no habitabilidad, no hubiera incluido junto al término específico vivienda, los genéricos inmuebles o edificios. No es la habitabilidad el criterio sobre la base del cual se ha de precisar el sentido y alcance del art. 245.2 del CP con el objeto de armonizarlo con las normas civiles que regulan los interdictos posesorios, sino el bien jurídico protegido que es la posesión del propietario socialmente manifiesta. En consecuencia, quedan al margen de la protección penal aquellos bienes cuya posesión no resulta evidente en la conciencia social en un ámbito determinado. Por ejemplo, viviendas en ruina con apariencia de abandono. No es el estado de ruina un criterio determinante, pues un edificio ruinoso puede estar utilizándose manifestamente como almacén, por ejemplo, con lo cual habría conciencia social de posesión, pero puede llegar a ser un indicativo en otros casos de la ausencia de una opinión general de que el bien es objeto de posesión...". Audiencia Provincial de Segovia, S 29-10-1998, nº 97/1998, rec. 87/1998, Pte: Palomo del Arco, Andrés (EDJ 1998/32082): "Es criterio ya asumido por la jurisprudencia

menor... que con este precepto ha querido dar *protección penal a la posesión del propietario para que pueda ejercer las facultades que le confiere su derecho de dominio...* el bien jurídico protegido por el delito de usurpación del art. 245.2 del CP, es, la posesión, esto es una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella...". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 23-1-2001, nº 14/2001, rec. 335/2000, Pte: Alonso Suárez, José Antonio (EDJ 2001/8124): "...que exista una ataque claro, y probado, al bien jurídico que tutela el tipo. En este caso a la propiedad...". Con estas u otras palabras similares, siguen esta concepción numerosas resoluciones judiciales. *Vid.*, Audiencia Provincial de Alicante, sec. 7ª, S 8-3-2005, nº 158/2005, Pte: Gil Muñoz, Javier (EDJ 2005/339503); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 18-12-2007, nº 1298/2007, rec. 229/2007, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2007/310603); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 30-6-2006, nº 601/2006, rec. 390/2005, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2006/342038); Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 21-5-2001, nº 51/2001, rec. 7/2001, Pte: Elizburu Aguirre, Iñigo (EDJ 2001/39706); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 2006/439248); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 12-2-2008, nº 52/2008, rec. 352/2007, Pte: Giménez de Cisneros Cid, Soledad (EDJ 2008/103986); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquivia Bartolomé, Mª Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 3-3-2010, nº 16/2010, rec. 127/2009, Pte: Vicente de Gregorio, Marta (EDJ 2010/48181); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 31-3-2003, nº 190/2003, rec. 53/2003, Pte: Penín Alegre, Clara (EDJ 2003/34255); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 20-6-2007, nº 157/2007, rec. 97/2005, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J. (EDJ 2007/202111); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2009, nº 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2009/142926); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 14-4-1998, nº 134/1998, rec. 190/1997, Pte: Ramírez Souto, Fátima (EDJ 1998/9228); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 6-11-2007, nº 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la (EDJ 2007/294401); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 4-7-2012, nº 594/2012, rec. 130/2012, Pte: Valle Esqués, Fernando (EDJ 2012/175688); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 8ª, S 6-10-2000, nº 412/2000, rec. 157/2000, Pte: Rodríguez Bermúdez de Castro, Ignacio (EDJ 2000/52633); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Cuenca, S 11-12-2000, nº 96/2000, rec. 80/2000, Pte: López Calderón Barreda, Luis (EDJ 2000/64374); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-10-2009, nº 649/2009, rec. 316/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/304441); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 21-11-2002, rec. 567/2002, Pte: Morales García, Oscar (EDJ 2002/76226); Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 2ª, S 20-9-2010, nº 85/2010, rec. 199/2010, Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V. (EDJ 2010/270412); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 144/2006, rec. 87/2006, Pte: Julia Igual, Mª José (EDJ 2006/305439); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 3ª, S 21-11-2003, nº

A) Consecuencias

La determinación de la posesión continua, permanente, y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad, como el bien jurídico protegido en el artículo 245.2 del Código Penal, tiene como consecuencia que la posesión vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el dominio, o la que no esté vinculada a ningún derecho (posesión como hecho de un precarista, de un usucapiente del dominio o de un

112/2003, rec. 30/2003, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2003/179080); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2012/119783); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 15-1-2007, nº 28/2007, rec. 413/2006, Pte: Carmena Castrillo, Manuela (EDJ 2007/51613); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 11-11-2003, nº 765/2003, rec. 192/2003, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2003/225048); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 28-3-2007, nº 361/2007, rec. 172/2006, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2007/116811); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 30-12-2005, nº 554/2005, rec. 409/2005, Pte: Abad Arroyo, Pilar (EDJ 2005/259749); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 2ª, S 4-3-2011, nº 60/2011, rec. 304/2010, Pte: Acosta González, Nicolás (EDJ 2011/141836); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 21-3-2013, nº 105/2013, rec. 33/2013, Pte: Delgado Martín, Joaquín (EDJ 2013/74491); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-9-2012, nº 673/2012, rec. 316/2012; Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen (EDJ 2012/275047); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 25-4-2013, nº 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2013/294826); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 16-9-2013, nº 639/2013, rec. 160/2013, Pte: Hernández Rueda, Mª Dolores (EDJ 2013/194523); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-2-2010, nº 94/2010, rec. 17/2010, Pte: Gurrera Roig, Matilde (EDJ 2010/49246); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 12-4-2007, nº 390/2007, rec. 15/2007, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2007/122728); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2012/86783); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 19-2-2010, nº 118/2010, rec. 9/2010, Pte: Barrientos Pacho, Jesús María (EDJ 2010/63750); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 13-1-2011, nº 18/2011, rec. 3/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio (EDJ 2011/149874); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 9-11-2010, nº 258/2010, rec. 256/2010, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2010/313633); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 15-3-2010, nº 88/2010, rec. 45/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (J 2010/396224); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 19-4-2010, nº 243/2010, rec. 105/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396474); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 17-1-2014, nº 19/2014, rec. 195/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2014/24267); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 17-5-2010, nº 202/2010, rec. 195/2010, Pte: Gómez Santana, Eloisa (EDJ 2010/170511); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 25-10-2012, nº 402/2012, rec. 326/2012, Pte: Valdecabres Ortiz, Mª Isabel (EDJ 2012/280763); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 17-9-2004, nº 512/2004, rec. 3483/2004, Pte: Holgado Merino, José Manuel (EDJ 2004/170103); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 29-1-2007, rec. 250/2004, Pte: Carril Pan, Antonio (EDJ 2007/117408); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 25-9-2013, nº 344/2013, rec. 758/2013, Pte: Sol Rodríguez, Lourdes del (EDJ 2013/185760); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 7-6-2011, nº 383/2011, rec. 164/2011, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2011/388118); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 4-4-2005, nº 48/2005, rec. 10/2005, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2005/36006); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 25-11-2013, nº 560/2013, rec. 447/2012 Pte: Oliván Lacasta, Pilar (EDJ 2013/288481).

derecho real limitado poseíble...), no tiene protección penal. Asimismo, exige para que la conducta sea penalmente relevante que se trate de una “desposesión”³⁶⁰ continuada, permanente y estable en el tiempo del propietario, excluyendo por tanto entradas ocasionales al considerar que existe escaso riesgo para la posesión³⁶¹.

1.4.3.- SEGUNDA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POSESIÓN REAL, DE GOCE Y DISFRUTE EFECTIVO, SOCIALMENTE MANIFESTADA

Otro sector doctrinal y jurisprudencial considera la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada, como el bien jurídico protegido en el artículo 245.2 del Código Penal. Posesión que puede ser, como afirma SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, tanto la que corresponde al propietario como la de la persona a la que se cede su uso³⁶².

³⁶⁰ Lo que la jurisprudencia anteriormente transcrita refiere como el estado de un bien inmueble dejado en “situación de abandono fáctico, que no jurídico”. Pues el abandono jurídico requiere un acto de renuncia del titular, caso en que la propiedad pasa a pertenecer a la Administración General del Estado como bien patrimonial sujeto al Derecho Privado, arts. 16 y 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, produciéndose la adquisición “*ope legis e ipso iure*” sin necesidad de acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. Así disponen los artículos antes citados. Artículo 16.- Carácter patrimonial de los bienes adquiridos. “*Salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público*”. Artículo 17.- Inmuebles vacantes. “*1.- Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño. 2.- La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d del artículo 47 de esta Ley. 3.- La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero. 4.- Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil*”.

³⁶¹ V. gr., sería atípica según esta concepción el supuesto de ocupación de un inmueble cedido en usufructo por el titular del mismo (propietario), ya que es el usufructuario el que tiene las facultades de usar (*ius utendi*) y disfrutar (*ius fruendi*) de la cosa.

³⁶² SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Dykinson, 16ª edición. Madrid, 2011. Pág., 409; MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.). Ed. Lex Nova, 2ª edición. Valladolid, 2011. Pág., 959; GARCÍA PÉREZ, J.J.: << Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal >> en *Revista Sepin*, Marzo 2011 (SP/DOCT/14572). Pág., 4. “Teniendo en cuenta la ubicación sistemática del art. 245 del Código Penal, dentro de los “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, solo cabe considerar entre las situaciones amparadas en dicho precepto penal aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de inmueble, de vivienda o edificio ajeno, consistentes en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que significan un riesgo a la posesión que sea clara y socialmente manifiesta”. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Nº 85,

En este sentido se pronuncia la Jurisprudencia *menor*³⁶³.

septiembre de 2011, Año 8, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer. Pág., 90. “No está claro cuál es el bien jurídico protegido, que puede ser el libre disfrute de los inmuebles por parte del propietario o la persona a la que se cede el uso”. SERRANO GÓMEZ, A., Y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Dykinson, 16ª edición. Madrid, 2011. Pág., 409, y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial. II (1) Delitos contra el Patrimonio*. Ed. Dykinson. Madrid, 1996. Pág., 402. “Bajo esta denominación [usurpación] se agrupan hechos de diferente signo, pero que inciden preferentemente en el derecho posesorio”. ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pág., 564. “En nuestra opinión la tipificación de este delito no es sólo oportuna, sino que es necesaria para proteger en el ámbito penal el bien jurídico protegido, la posesión del legítimo poseedor en el ejercicio de las legítimas facultades que sobre el inmueble la misma comporta”. IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley*, Nº 7305, Sección Dossier, 17 de diciembre de 2009, Año XXX. La Ley. Pág., 6.

³⁶³ En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239): “...es preciso determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por tanto no serían delictivas. Realmente no existe acuerdo doctrinal ni aun en las decisiones de las Audiencias sobre esta cuestión, pues se barajan como posibles bienes jurídicos tanto la propiedad como la posesión. La cuestión no es intrascendente, pues aparte de la evidente diferencia conceptual entre uno y otro derecho, lo es también el contenido de cada uno, de forma que, dada la elasticidad del dominio, puede estar diferenciada la propiedad de la posesión sobre la misma cosa, como puede estar desgajado el uso o disfrute del inmueble de la titularidad sobre el mismo. *Con la opinión mayoritaria* (Sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla, Sección 1ª, de 6 de septiembre del 2.001 EDJ 2001/54826, Cádiz, Sección 8ª, de 6 de octubre del 2.000 EDJ 2000/52633, Las Palmas, Sección 1ª, de 13 de octubre del 2.000 EDJ 2000/52612, entre otras), *estima este Tribunal que el bien jurídico protegido no es la propiedad sino la posesión, y aun dentro de ésta, la posesión como hecho y no el derecho a poseer*. En efecto, si la acción típica consiste en ocupar o en mantenerse en el inmueble, se refiere el Código Penal, sin duda, a un ataque que supone conseguir por el autor el contacto físico con el bien, de modo que se alude al despojo de la posesión, entendida en su más estricto sentido de posesión natural (artículo 430 del Código Civil) [“Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos”]. De las diferentes facultades del dominio, se selecciona así una sola como única susceptible de ser vulnerada por este delito: la de la posesión real, efectiva e inmediata. A esto se alude con la referencia que en múltiples Sentencias de Audiencias (Las Palmas, Sección 1ª de 13 de octubre del 2.000 EDJ 2000/52612, Madrid, Sección 5ª, de 9 de octubre del 2.000 EDJ 2000/52657 y Sevilla, 1ª, 6 de septiembre del 2.001 EDJ 2001/54826) se contiene a que la posesión quebrantada ha de ser una “*posesión socialmente manifiesta y reconocida*”, que es una forma elocuente de definir la posesión como hecho. Por ello, y en cuanto no se quebranta esa clase de posesión que se reconoce como bien jurídico protegido, no serían punibles las ocupaciones transitorias, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, o que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad. Y, avanzando ya una idea más específica para nuestro caso, no estaría incluido, al contrario de lo que se expone en los recursos, en este tipo delictivo el ataque no a la posesión fáctica sino al derecho a poseer, conforme a la doctrina civilista que distingue entre el ius possessionis y el ius possidendi. En el primer caso, se advierte un cambio en la situación de hecho, cuyo reproche y sanción se incluye en la norma penal, conforme a la finalidad que a ésta le es propia que se centra en el atentado de hecho y no de derecho, mientras que en el segundo caso existirá un litigio puramente civil para definir quién sea el titular del derecho a poseer, y singularmente, si ese derecho en el caso concreto es prevalente al mero derecho de posesión. ... la calificación del bien jurídico protegido como la posesión inmediata, excluyendo del mismo el derecho a poseer...”. En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-10-2011, nº 861/2011, rec. 194/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261929): “... Ambos recursos se resolverán de forma conjunta ya que vienen a cuestionar la aplicación al caso de autos del art. 245.2 del CP por considerar que nos encontramos ante una edificación ruinosa, no habiéndose perturbado el bien jurídico protegido. El párrafo segundo del art. 245 del Código Penal tipifica la conducta consistente en la detención de un inmueble

ajeno que no constituya morada, sin emplear violencia ni intimidación, pero carente de la debida autorización. Se castiga así la toma de posesión, o invasión inmobiliaria, tratándose de preservar los derechos del poseedor civilmente protegible. Este tipo requiere para su existencia: 1).- El requisito del "corpus" o tenencia material de la cosa. 2).- El requisito del animus, entendido como intención o voluntad de exclusividad en la detentación, elemento imprescindible para que proceda la aplicación de la figura enjuiciada, pues si la voluntad del ocupante no engloba una decidida intención de contrariar la legítima posesión del titular inmobiliario, sino que se limita a procurarse una utilización o aprovechamiento pasajeros, transitorios u ocasionales, su conducta no puede entenderse subsumida en el mismo. *Entre las situaciones amparadas por el art. 245.2 del CP, deben incluirse aquellas perturbaciones de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno que consisten en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos y que signifique un riesgo a una posesión clara y socialmente manifiesta.* Así, entrarían dentro del tipo penal la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio temporalmente deshabitado a la espera de un comprador, una obra en construcción, etc.; supuestos en los que la ocupación tiene un plus de desvalor que justifica la intervención penal frente a la tutela que otorga el remedio interdictal. No obstante, esta intervención penal resulta desproporcionada cuando nos encontramos con fincas abandonadas o en mal estado, que carecen del arraigo social que cabe atribuir, entre otros supuestos, a las casas de temporada o las casas del constructor temporalmente deshabitadas a la espera de un comprador. No están excluidos de la protección penal los inmuebles, viviendas o edificios que no están en condiciones de ser habitados, pues el legislador coloca en el mismo plano inmuebles, viviendas y edificios, pero sí deben quedar al margen de la protección penal aquellos bienes cuya posesión no resulta evidente en la conciencia social en un ámbito determinado, como es el caso de viviendas o almacenes con apariencia de abandono. Se excluye la protección penal en aquellos supuestos en que no existe en el ocupante la decidida voluntad de contrariar la legítima posesión del titular del inmueble por cuanto lo que busca es procurarse un aprovechamiento o utilización meramente pasajeros, transitorios y ocasionales, aprovechamientos que no comprometen la posesión que debe protegerse, ya que en estos casos no existe la voluntad de exclusividad en la detentación del inmueble que perturbe la legítima posesión protegida por el tipo penal del art. 245.2 del CP. En el presente caso la propia sentencia reconoce que el estado de la finca era ruinoso, que le faltaba parte del techo, carecía de suministros y no tenía ni siquiera puerta de entrada, siendo su estado de habitabilidad deplorable... no habiendo quedado suficientemente probado que... su posesión sobre la misma fuera evidente en la conciencia social". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 14-9-2004, nº 379/2004, rec. 282/2004, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 2004/275430): "Pues bien, la doctrina se muestra proclive a considerar que la aplicación del tipo penal en cuestión requiere la ocupación de la vivienda por parte de la acusada con un mínimo de permanencia. Lo cual resulta razonable desde la perspectiva de la antijuridicidad material a la hora de ponderar la mínima ofensa al bien jurídico que la norma tutela: *el contenido jurídico y económico del derecho de propiedad o de otro derecho real sobre el inmueble...*". Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454): "*El legislador ha querido dar protección penal con este precepto al poseedor por cualquier título legítimo para que puedan ejercer las facultades que le confiere su derecho;* y, sobre la base de este bien jurídico, ha definido la prohibición de ocupar o mantenerse indebidamente en "un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada". El objeto material, según se ha dicho antes, del delito queda definido por un elemento positivo -la calidad de inmueble y ajeno- y otro negativo -que no constituya morada-. La interacción entre ambos elementos es la que caracteriza el objeto material del delito; con la condición negativa se quiere dejar claro que se ha de tratar de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado, pues, en caso de constituir una morada, esto es, un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el contemplado en el artículo 202 del CP, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad. En cambio, el bien jurídico protegido por el delito de usurpación es *la posesión, es decir, una relación específica del propietario o poseedor legítimo sobre la cosa*, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa, derivada de su condición de tal de ella...". Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 24-9-2013, nº 261/2013, rec. 176/2013, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2013/265913): "*la posesión, que es precisamente el bien jurídico protegido por este delito de usurpación...*". Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 19-1-2012, nº 5/2012, rec. 85/2011, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2012/7443): "*El bien jurídico protegido es la propiedad o cualquier derecho real inmobiliario que implique la posesión del inmueble y este bien jurídico es atacado por una conducta calificable de ocupación, que sustrae completamente de su legítimo titular la posesión, uso y disfrute del inmueble ocupado. La regulación de los interdictos de recobrar la posesión en la LEC no anula ni constituye presupuesto necesario para la aplicación de un precepto penal que debe ser aplicado si los hechos probados tienen encaje en el mismo...*". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670): "A nuestro juicio -lo que no es pacífico- el repetido tipo penal no es una infracción de

riesgo, sino de lesión al bien jurídico protegido, según hemos ya delimitado, *protegiéndose penalmente al poseedor que goce y disfrute efectivamente del bien, lo utilice, en cualquier concepto...*”. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 19-1-2009, nº 35/2009, rec. 228/2008, Pte: Soriano Vela, Francisca (EDJ 2009/29998): “La protección penal atribuida por el nuevo delito de usurpación no violenta ni intimidatoria, no alcanza al derecho de propiedad inmobiliaria, ni tan siquiera al derecho de posesión- o situación jurídica posesoria- denominada por la doctrina civil, posesión civil, sino *la más cercana a la denominada en el mismo ámbito posesión natural, o la posesión material del bien que determina el señorío directo sobre la cosa, y cuyo contenido es de goce y disfrute de la misma*. En éste sentido el artículo 431 del Código Civil establece que la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos teniéndolo y disfrutándolos, reconociendo el siguiente artículo 432 la posesión en distinto concepto que el de dueño, en el tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos...”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 29-6-2009, nº 524/2009, rec. 8/2009, Pte: Gimeno Jubero, Miguel Ángel (EDJ 2009/218649): “el bien jurídico inmediato que protege es *el derecho de posesión...*”. Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 10-4-2008, nº 42/2008, rec. 141/2007, Pte: Arbona Femenia, Miguel Ángel (EDJ 2008/104301): “el bien jurídico protegido por el tipo son *las facultades dominicales o posesorias de un titular de derechos sobre un inmueble...*”. Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 24-11-2011, nº 366/2011, rec. 116/2011, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2011/338234): “El tipo previsto en el artículo 245 del Código Penal se ubica dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socio económico, a través del cual el legislador pretende proteger *las facultades integrantes de los derechos reales inmobiliarios que permitan el uso y disfrute de los mismos*, puesto que ya existen otros tipos penales que protegen aspectos diversos...”. Siguen esta línea jurisprudencial las siguientes resoluciones judiciales. *Vid.*, Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2011/27692); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-9-2005, nº 395/2005, rec. 5257/2005, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2005/244096); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 4-2-2005, nº 109/2005, rec. 374/2004, Pte: Chacón Alonso, Mª Teresa (EDJ 2005/176781); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 20-6-2005, nº 622/2005, rec. 206/2004, Pte: Pijuan Canadell, José María (EDJ 2005/313326); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 11-9-2007, nº 505/2007, rec. 297/2007, Pte: Alonso Cardona, Ruth (EDJ 2007/360708); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, Mª Paz (EDJ 2003/191683); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 14-9-2006, nº 731/2006, rec. 308/2006, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane (EDJ 2006/411941); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 15-3-2007, nº 369/2007, rec. 12/2007, Pte: Pérez de Rueda, Mª Pilar (EDJ 2007/129362); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 14-12-2012, nº 413/2012, rec. 135/2012, Pte: Segura Sancho, Francisco (EDJ 2012/329255); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2009, nº 122/2009, rec. 1/2009, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2009/36709 SAP); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 16-1-2003, rec. 217/2001, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2003/42349); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2003/133177); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 8-6-2012, nº 248/2012, rec. 1390/2011, Pte: Barbarín Urquiaga, Mª Josefa (EDJ 2012/359349); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro (EDJ 2003/149138); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 26-10-2010, nº 849/2010, rec. 207/2010, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2010/328738); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 7-6-2007, nº 143/2007, rec. 1176/2007, Pte: Maeso Ventureira, Augusto (EDJ 2007/215301); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 4-5-2004, nº 463/2004, rec. 495/2004, Pte: Hernández García, Javier (EDJ 2004/71415); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 18-9-2006, nº 717/2006, rec. 281/2006, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2006/356074); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-5-2003, rec. 34/2003, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2003/53690); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 19-9-2013, nº 179/2013, rec. 80/2013, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2013/202347); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 8-4-2013, nº 335/2013, rec. 113/2013, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2013/87589); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 10-11-2010, nº 384/2010, rec. 160/2010, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2010/330130); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 19-2-2010, nº 53/2010, rec. 27/2010,

Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2010/311376); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 27-1-2010, nº 19/2010, rec. 9/2010, Pte: Molinari López-Recuero, Alberto (EDJ 2010/34631); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 4-5-2010, nº 176/2010, rec. 112/2010, Pte: Yllanes Suárez, Juan Pedro (EDJ 2010/134312); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2013/220746); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 6-9-2013, nº 403/2013, rec. 695/2013, Pte: Paredes Sánchez, Fernando (EDJ 2013/189864); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 16-2-2009, nº 72/2009, rec. 8/2009, Pte: Barrales León, Mª de las Maravillas (EDJ 2009/294306); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 6-3-2012, nº 245/2012, rec. 227/2011, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2012/68217); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 27-1-2014, nº 63/2014, rec. 252/2013, Pte: Jiménez Jiménez, Mª Magdalena (EDJ 2014/10169); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 16-3-2009, nº 46/2009, rec. 22/2009, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2009/105351); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 30-1-2012, nº 91/2012, rec. 28/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/31901); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 26-12-2013, nº 862/2013, rec. 390/2013, Pte: Herrero Enguita, Sagrario (EDJ 2013/289612). Mayores dificultades interpretativas y de ubicación sistemática conforme a las categorías expuestas, plantean las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 9-5-2008, nº 271/2008, rec. 47/2008, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2008/112590); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 31-10-2011, nº 541/2011, rec. 193/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio (EDJ 2011/355279); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/142401); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 24-11-2004, nº 228/2004, rec. 1112/2004, Pte: Moreno Galindo, Ana Isabel (EDJ 2004/230093); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2007/219115); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, S 30-10-2008, nº 529/2008, rec. 2112/2008, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2008/281466); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 2-1-2009, nº 731/2009, rec. 519/2007, Pte: Sánchez Cano, Mª Jesús (EDJ 2009/18090); Audiencia Provincial de Albacete, sec. 1ª, S 4-6-2010, nº 81/2010, rec. 7/2010, Pte: Mateos Rodríguez, Manuel (EDJ 2010/145453); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 4-2-2010, nº 125/2010, rec. 5/2010, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2010/46395), cuando manifiestan: *“No puede reputarse punible cualquier perturbación de la posesión, incluso aquellas que se desarrollen bajo la forma de ocupación, sino solo las ocupaciones que supongan un riesgo para el bien jurídico protegido de la posesión por el titular”*. La misma dificultad interpretativa hallamos en la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 15-10-2007, nº 252/2007, rec. 1324/2007, Pte: Subijana Zunzunegui, Ignacio José (EDJ 2007/264404), al decir: *“se trata de proteger el pacífico disfrute de los bienes inmuebles por su titular”*. Desconocemos si cuando emplean el término “titular” lo hacen como sinónimo de dueño o propietario (con lo que nos encontraríamos en la primera hipótesis de bien jurídico protegido), o como “titular” de cualquier otro derecho real que pueda llevar aparejada la posesión (que sería la segunda hipótesis); pues, como ya expusimos anteriormente el término propiedad tiene dos sentidos: uno amplio, equivalente a derechos patrimoniales, y otro estricto técnico, equivalente a dominio. Esa falta de precisión técnica en la redacción la encontramos igualmente en otras sentencias en las que parece acogerse como bien jurídico protegido la posesión real de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada (segunda hipótesis expuesta), para terminar acotándolo a la posesión derivada del derecho de propiedad (primera hipótesis sostenida). Por todas, la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049), al decir: *“considerándose subsumible en este último sólo aquella perturbación que por la mayor entidad del riesgo o peligro que suponen para el bien jurídico posesión merezca la imposición de una sanción penal en concordancia con el mayor reproche social que su verificación comporta. Y ese mayor riesgo o peligro se producirá siempre que la posesión sea clara y manifiesta, es decir, cuando por parte del titular dominical se realicen actos posesorios que exterioricen la existencia de una relación posesoria sobre la cosa, de forma que exista una conciencia social de que efectivamente se produce esa relación posesoria, como sucede con los casos de inmuebles temporalmente deshabitados a la espera de comprador, casas de temporada, obras en construcción etc.”*; y la Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 28-10-2004, nº 565/2004, rec. 47/2004, Pte: Rodríguez Cano, Eduardo (EDJ 2004/244937): *“Partiendo pues de la existencia de una posesión mediata o inmediata sobre el inmueble, vivienda o edificio, (que no constituyan morada), por parte del sujeto pasivo del delito (propietario o persona con título bastante para ocuparlos), la conducta delictiva consiste en su ocupación, pacífica y permanente de aquellos, sin la oportuna autorización. Ahora bien, no toda ocupación constituye la figura delictiva prevista en el precepto comentado, sino sólo aquella ocupación que realmente signifique un riesgo a la posesión... El bien jurídico protegido en el delito de usurpación tipificado en el artículo 245,2 del Código Penal es la posesión, la relación específica del*

A) Consecuencias

Esta posición doctrinal y jurisprudencial del bien jurídico protegido por el artículo 245.2 del Código penal, como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada (la posesión³⁶⁴), es más amplia que la anteriormente expuesta. Dada la elasticidad del dominio, (que permite que se encuentre diferenciada la propiedad de la posesión sobre la misma cosa, y que esté desgajado el uso o disfrute del inmueble de la titularidad sobre el mismo), y considerando el bien jurídico protegido no como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad (es decir el dominio o propiedad), sino como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada (la posesión natural, y con mayor motivo, la posesión civil); es posible subsumir en el artículo 245.2 del Código penal, todas aquellas conductas humanas dirigidas a perturbar (mediante la ocupación o permanencia), la posesión como hecho y el *ius possessionis* o derecho de posesión derivado de la misma, con independencia de quién tenga el *ius possidendi* o derecho a poseer, el cual no es protegido penalmente (aunque sí civilmente) si no va acompañado de la posesión como hecho³⁶⁵.

propietario respecto a la cosa y el derecho de este para que pueda ejercitar las facultades que le confieren dicho dominio...”.

³⁶⁴ “¿Basta, para que pueda hablarse en sentido jurídico de posesión y para que, por ende, surja la protección posesoria, con la mera tenencia material de la cosa o es preciso que se dé una determinada intención (*animus*) por parte del tenedor? Según la teoría subjetiva o clásica de la posesión (desenvuelta fundamentalmente por SAVIGNY), la posesión, en sentido jurídico, está integrada por dos elementos: *corpus* y *animus*, entendiéndose este último como intención de tener la cosa para sí o de obrar como propietario; la presencia de este ánimo serviría para distinguir la posesión de los supuestos de mera tenencia. Frete a esta tesis, niega IHERING que haga falta un especial *animus*, y menos aún un *animus domini* para constituir la posesión: desde luego, en el poseedor hay siempre una cierta intención, pero esta intención también se da en el tenedor. De esta teoría se deduce que toda detentación (tenencia) es posesión y que, por lo tanto, solo excepcionalmente puede privarse al detentador de la protección posesoria. Este parece ser el sentido de lo dispuesto en el Código Civil español, que concede protección posesoria a “todo poseedor”, ya lo sea en concepto de dueño (es decir con *animus domini*), ya en concepto distinto, y que distingue, en su artículo 430, una posesión natural como tenencia de una cosa o disfrute de un derecho, de una posesión civil, que es esa misma tenencia unida a la intención de haber la cosa o derecho como propios”. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Ed. Civitas, 1ª edición. Madrid, 1980. Págs., 54-55.

³⁶⁵ “Bien jurídico-penal. a) Doctrina minoritaria: propiedad. b) Doctrina mayoritaria: posesión como hecho, y no tanto el derecho a poseer porque conducta típica alude al despojo de la posesión natural (art. 430 CC)... El delito no afecta al derecho a poseer “*ius possidendi*” sino a la posesión fáctica “*ius possessionis*”... a) Todas las reclamaciones sobre el derecho a poseer no tienen relevancia penal sino civil, en su caso. b) Excepción: casos en que puesto definitiva y judicialmente fin a la situación posesoria, el detentador reingresa en la posesión o se mantiene pese a la conciencia de haber concluido la relación jurídica que inicialmente le amparaba. Son los casos del que tras la adjudicación judicial del inmueble y

Quedarían al margen de la protección penal aquellas conductas que recaen sobre inmuebles abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad, al considerarse que en estos casos la posesión no resulta evidente en la conciencia social, por no existir una posesión socialmente manifiesta y reconocida. Entendemos, pues, que en esta concepción de posesión realmente manifiesta y reconocida hay una cierta tendencia a equiparar posesión con poder físico actual sobre la cosa, olvidando que el poder de hecho debe ser entendido en el sentido de señorío efectivo de nuestra voluntad. Para que haya poder de hecho la tenencia material es insuficiente, y el contacto corporal no es estrictamente necesario, así el guarda de una finca no la posee, es un simple servidor de la posesión, y su dueño aunque resida a cientos de kilómetros es su poseedor, siendo suficiente que se halle bajo el poder de su voluntad y los demás no la hayan sometido al suyo³⁶⁶.

En ambas concepciones se excluyen las entradas ocasionales u ocupaciones transitorias sin ánimo de ejercer derechos posesorios, al considerarse que existe un escaso riesgo para la propiedad/posesión.

dada la posesión al adjudicatario, retorna a la misma o no cesa en ella... Consecuencias: a) La ocupación de viviendas abandonadas y no habitadas no sería *eo ipso* punible por no ser susceptibles de establecer relación posesoria... b) Las ocupaciones transitorias serían atípicas porque no hay ánimo de ejercer derechos posesorios". CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.): *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición ampliada y puesta al día. Valencia, 2004. Págs., 533-534.

³⁶⁶ V. gr., sería típica según esta concepción el supuesto de ocupación de un inmueble cedido en usufructo por el titular del mismo (propietario), ya que es el usufructuario el que tiene las facultades de usar (*ius utendi*) y disfrutar (*ius fruendi*) de la cosa. "Es obvio que el tipo no está protegiendo la morada ya que la descarta de su ámbito de protección... El problema surge, no a la hora de determinar o comprender los conceptos de inmueble, vivienda o edificio ajeno; sino en interpretar en qué casos el tipo penal está protegiendo tales bienes. Entiendo que hay que partir del hecho de que el precepto se refiere genéricamente a tales bienes, sin realizar ninguna cualificación sobre los mismos. Tan solo limita su protección a aquellos que no constituyan morada, por lo que todos los demás que no se encuentren en este caso, [no] están sujetos a la protección del precepto. Sin embargo una corriente jurisprudencial entiende que la interpretación que haya que darse al precepto es que el mismo se está refiriendo a inmuebles, viviendas o edificios no abandonados. El problema real es determinar el alcance del término "abandonado". De entrada no puede contraponerse el concepto "abandonado" al de habitado, porque el inmueble habitado será casi siempre la morada de una persona (no olvidemos que dentro del allanamiento de morada se encuadran los que se realizan de las moradas de temporada). Por ello entiendo que sería una construcción demasiado artificial a los efectos jurídicos que nos interesan, hablar de inmuebles, viviendas o edificios, muy abandonados o poco abandonados, para colocarlos bajo el paraguas de la protección del precepto. Parece ser que la respuesta que encuentra mayor apoyo es la de considerar que sólo escaparían de la tutela del precepto los casos de inmuebles, viviendas o edificios que tuvieran la consideración de inhabitables o ruinosos". MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos... Op. cit.*, Pág., 171.

1.4.4.- TERCERA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PATRIMONIO INMOBILIARIO

Existe una tercera postura en la doctrina y jurisprudencia, que considera el patrimonio inmobiliario, como el bien jurídico protegido en el artículo 245.2 del Código Penal³⁶⁷.

Para HUERTA TOCILDO, la usurpación no es sino una forma de ataque contra el patrimonio inmobiliario, por lo que el bien jurídico protegido sería *el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos*³⁶⁸. O en palabras de CALABUIG

³⁶⁷ BENEYTES MERINO, L.: << De la Usurpación >> en *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis*. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.). Ed. Bosch, 3ª edición. Barcelona, 2012. Pág., 920; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El sistema de la parte especial. Volumen I.- Delitos contra bienes jurídicos individuales*. Ed. J.M. Bosch editor. Barcelona, 2005. Pág., 492; BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.). Ed. Tecnos. Madrid 2011. Pág., 86; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 6. Madrid, 1996. Pág., 220; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60*. Ed. Colex, 4ª edición. Madrid, 2004. Pág., 212; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.). Ed. Aranzadi, 6ª edición. Pamplona, 2011. Pág., 70; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.). Ed. Aranzadi, 9ª edición. Pamplona, 2011. Pág., 656; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Págs., 415-416; ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). Ed. Iustel, 1ª edición. Madrid, 2011. Págs., 347-348; HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág., 291; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997. Pág., 155. “En este Capítulo del Título XIII del Código, se describen, bajo el epígrafe común de “Usurpaciones”, una serie de conductas que constituyen los tipos penales tendentes a la protección del patrimonio en su dimensión de patrimonio inmobiliario... Es por consiguiente, la propiedad y los demás derechos reales sobre las cosas inmuebles el bien jurídico digno de protección en este momento”. MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.). Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2007. Págs., 1960-1961.

³⁶⁸ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Ed. Civitas, 1ª edición. Madrid, 1980. Págs., 74. Siguiendo a HUERTA TOCILDO, y transcribiendo en ocasiones literalmente sus palabras, conciben el bien jurídico protegido como *el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación no sólo en la propiedad sino también en el ejercicio de la posesión o cualquier*

otro derecho real sobre los mismos los siguientes autores: BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*. La Ley. Revista mensual de actualidad para profesionales. Año 3. Nº 27, Septiembre, 2002. Pág., 20; OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >> en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*. Nº 54, Estudios, Noviembre 2005. Pág., 62; CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*. Ed. Bosch, 1ª Edición. Barcelona, 2010. Pág., 252; VICENTE MARTÍNEZ, R.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.Mª. (DIRS.); NIETO MARTÍN, A., Y PÉREZ CEPEDA, A.I. (COORDS.). Ed. Iustel, 1ª edición. Madrid, 2007. Pág., 554; ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág., 198; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, Mª.C. (COORD.). Ed. Tecnos. Madrid, 2010. Pág., 379; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996. Pág., 352; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011. Pág., 474; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.). Ed. Dykinson, S.L., 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid, 2005. Pág., 500; GARCÍA PÉREZ, J.J.: << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.). Ed. Sepín, 3ª edición. Madrid, 2010. Pág., 1800; HERRANZ CASTILLO, R.: << Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda >> en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 435, BIB 2000\362. Editorial Aranzadi, S.A. Pág., 5; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pág., 125; BAUCCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.). Ed. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, 2004. Pág., 713; SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2004. Págs., 400-401. “Parece que lo que quiere conseguir HUERTA con la elaboración del concepto de bien jurídico a los efectos del artículo 517 CP 1944/1973 [hoy plenamente aplicable al art. 245.2 CP 1995] no es limitar el bien jurídico, sino justamente lo contrario, ampliarlo para que quede fuera de dudas que no sólo se protege la propiedad inmobiliaria, sino también las perturbaciones de la posesión y de cualquier otro derecho real distinto del de propiedad. En este conjunto de delitos, aludir al contenido jurídico y económico del derecho de propiedad y de los derechos reales, o al patrimonio inmobiliario como materia protegida, entiendo que no lleva a sostener consecuencias diversas. El derecho de propiedad es un derecho real entre otros, y el contenido jurídico y económico de los derechos reales es parte del patrimonio, concretamente integra el patrimonio inmobiliario, si se comparte una concepción mixta, jurídico-económica del patrimonio”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales, vol. V*. BIB 1999\793. Editorial Aranzadi, S.A. Pág., 11. “Todas estas figuras delictivas [usurpaciones] tienen en común que tratan de proteger el patrimonio inmobiliario, definido como aquella parte del patrimonio de una persona constituida por los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios, y además tratan de proteger dicho patrimonio frente a los ataques más graves e intolerables al mismo... Para determinar el contenido y alcance del patrimonio inmobiliario, primero hay que delimitar el concepto de bien inmueble a efectos penales y luego examinar qué derechos reales estarían comprendidos en estas figuras delictivas... En cuanto a los derechos reales que recaen sobre los bienes inmuebles el principal es el derecho de propiedad, sin embargo no es el único. Junto a él aparecen también los derechos reales sobre cosa ajena o limitadores de la propiedad, de los cuales el art. 2 LH ofrece el siguiente catálogo: “usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbre, y otros cualesquiera reales”. La posesión, no aparece mencionada entre ellos, pero como derecho real que es, aunque de naturaleza peculiar, también es elemento integrante del patrimonio inmobiliario, ya sea ejercida por el propietario, por el titular de un derecho real sobre inmueble ajeno o por el simple detentador del bien, aun cuando no sea titular de derecho real alguno, pero siempre y cuando dicha tenencia no se derive de un acto ilícito”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de

COSTA, “*las facultades integrantes de los derechos reales inmobiliarios que permitan el uso y disfrute de los mismos*”³⁶⁹.

“En este apartado, más que de bien jurídico protegido hay que hablar de "conjunto de bienes jurídicos protegidos", ya que no estamos ante uno solo, sino ante varios...

El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 245 CP es el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles; *teniendo en definitiva por objeto la protección del patrimonio inmobiliario*. Se trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos...

Tiene su razón de ser que sea el conjunto de derechos que integran el dominio el bien jurídico protegido [en definitiva, el patrimonio inmobiliario] debido... [al emplazamiento sistemático] que tiene este delito en el actual Código Penal de 1995, donde lo tenemos situado en el Título XIII de su Libro II, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Respecto del patrimonio, entendido como derecho a la propiedad que aparece consagrado en el artículo 33.1 CE, esta conducta supone una actividad similar a la usurpación violenta o al hurto, como atentado contra dicho derecho, aunque con un desvalor inferior a éstas; en relación con el hurto, porque no supone la privación absoluta de la propiedad, y en lo que respecta a la usurpación violenta del artículo 245.1 porque no tiene el plus de antijuridicidad que conlleva el uso de medios violentos en las personas o en las cosas. Esta menor antijuridicidad se ve, de hecho, reflejada en la menor pena que merece este tipo penal en el apartado 2 del artículo 245.

En relación con el "orden socioeconómico" como segundo de los valores que pretenden protegerse en el Título XIII, no estamos aquí ante un derecho, sino más bien ante un valor superior de nuestra sociedad reflejado por el ordenamiento jurídico.

lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 197-198.

³⁶⁹ CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.). Ed. Grupo Difusión. Madrid, 2008. Pág., 811.

Efectivamente, nos encontramos en una sociedad capitalista de libre mercado en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual debe protegerse el ejercicio del conjunto de los derechos que comprenden el patrimonio de las personas, proporcionando a los ciudadanos una garantía de seguridad jurídica relativa a que el ejercicio de ese derecho no se verá limitado salvo en los casos previstos por la ley. Hay que tener en cuenta, en consecuencia, a los límites constitucionales al sistema capitalista de libre mercado, que es lo que se protege dentro del Título XIII del Libro II CP 1995. En lo que respecta a estos principios, el artículo 128.2 CE, dice lo siguiente:

"Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general"...

Si sólo considerásemos que el bien jurídico protegido es la propiedad, dejaríamos... [cerenado] a este delito ya que el ejercicio del derecho de la propiedad quedaría incompleto si no pudiese ejercerse efectivamente el resto de los derechos inherentes al mismo, como son los relativos a la efectiva posesión y disfrute de un bien inmueble, vivienda o edificio³⁷⁰.

Siguiendo esta postura encontramos, diversas resoluciones de la Jurisprudencia *menor*³⁷¹.

³⁷⁰ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno "okupa" en el Derecho Español*. Ed. Bosch on line. Págs., 8-10.

³⁷¹ Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 5-11-2010, nº 703/2010, rec. 317/2009, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2010/348989): "*El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 245 es el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles; teniendo en definitiva por objeto la protección del patrimonio inmobiliario*. Se trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse este despojo, si no como definitivo, sí durante un tiempo prolongado en el cual el titular venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no una mera estancia limitada, y ello dado el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal... La ocupación del inmueble implica desposeer al legítimo titular de su derecho, comportándose el sujeto como propietario del inmueble. Debe darse una cierta permanencia en la ocupación como condición del tipo... excluyéndose los casos en que la entrada en el inmueble tiene un carácter esporádico y pasajero". En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 8-6-2005, nº 199/2005, rec. 36/2005, Pte: Cantero Aríztegui, Francisco Javier (EDJ 2005/82715): "*El principio de legalidad exige no solo la tipificación delictiva de un hecho, sino también la correcta aplicación del tipo de que se trate. El bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 245 del Código Penal es el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles; en resumen, tiene por objeto la protección del patrimonio inmobiliario*. En definitiva, trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse este despojo, si no como definitivo, sí

como continuado en el tiempo, en el sentido de que suponga un periodo dilatado durante el que el titular venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no una mera estancia transitoria, y ello dado el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal...”. Reiteran el concepto de patrimonio inmobiliario como objeto de protección las siguientes sentencias: Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 7-4-2006, nº 197/2006, rec. 2351/2006, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis (EDJ 2006/296168): “El artículo 245.2 del Código Penal consiste en la ocupación de un inmueble sin haber sido autorizado para ello por su propietario... *El bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 245 del Código Penal es el domicilio [léase dominio] y demás derechos reales sobre inmuebles; en resumen, tiene por objeto la protección del patrimonio inmobiliario...*”; Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346): “*El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 245 CP es el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles; teniendo en definitiva por objeto la protección del patrimonio inmobiliario.* Se trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse este despojo, si no como definitivo, sí durante un tiempo prolongado en el cual el titular venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no una mera estancia limitada, y ello dado el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal... No puede reputarse punible cualquier perturbación de la posesión, incluso aquellas que se desarrollen bajo la forma de ocupación, sino sólo las ocupaciones que supongan un riesgo para el bien jurídico protegido de la posesión por el titular, de tal manera que la ocupación punible sólo sería aquella en que el ocupante tiene la evidente intención de ejercer derechos posesorios sobre el inmueble ocupado, y, conforme a este criterio, no serían punibles, con arreglo a este tipo penal, las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales. De otra parte la norma legal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 10/1995 no exige expresamente ningún tipo de requerimiento formal previo de abandono. La ocupación del inmueble implica desposeer al legítimo titular de su derecho, comportándose el sujeto como propietario del inmueble. Debe darse una cierta permanencia en la ocupación como condición del tipo. En ese sentido cabe citar las SS. de la A.P. de Sevilla de 6 de septiembre de 2000 y 20 de marzo de 2001 EDJ 2001/8637, y de la AP de Málaga de 9 de octubre de 2000 EDJ 2000/43324, en las que se expresa que la ocupación se hace con “vocación de permanencia y, con ello, desposeer al titular de modo continuo y estable”; o que la ocupación ha de ser “pacífica y permanente”; o, que el tipo penal requiere de una “voluntad de permanencia y continuidad” en las conductas reguladas, excluyéndose los casos en que la entrada en el inmueble tiene un carácter esporádico y pasajero...”; Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 25-1-2006, nº 55/2006, rec. 403/2004, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña (EDJ 2006/11252): “*El bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 245 del Código Penal es el domicilio [léase dominio] y demás derechos reales sobre inmuebles; en resumen, tiene por objeto la protección del patrimonio inmobiliario...*”; Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 7-7-2005, nº 374/2005, rec. 121/2005, Pte: Ramos Almenara, Pedro (EDJ 2005/308442): “*El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 245 CP es el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles; teniendo en definitiva por objeto la protección del patrimonio inmobiliario.* Se trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse en este despojo, si no como definitivo, si durante un tiempo prolongado durante el que el titular venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no mera estancia limitada, y ello dado el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal... Hay que añadir además, que es la posesión y no la propiedad, el bien jurídico que trata de proteger este delito, y por ello como consecuencia, el sujeto pasivo tanto puede ser el propietario como otra persona que, por cualquier otro título, tenga la posesión legítima de la vivienda y se vea desposeído de ella por la acción del autor, con riesgo para el bien jurídico protegido de la posesión por el titular. Conforme a ello, la ocupación punible sólo sería aquella en que el ocupante tiene la intención evidente de ejercer derechos posesorios sobre el inmueble ocupado, lo que se puede poner de manifiesto con la permanencia en la vivienda ocupada...”; Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 18-2-2013, nº 135/2013, rec. 472/2012, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del (EDJ 2013/37430): “El art. 245.2 castiga al que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. *El bien jurídico es el patrimonio inmobiliario* que se protege frente a las lesiones para el derecho de propiedad y sus facultades inherentes como el derecho de posesión...; no se protege el inmueble cuando no existe sobre él una posesión socialmente manifiesta, es decir, cuando la sociedad tenga conciencia de que el bien está abandonado... La acción consiste en la ocupación, que implica la entrada en el inmueble con independencia del modo de acceso, siendo irrelevante que emplee fuerza en las cosas, y dicha ocupación debe ser continuada en el tiempo y no transitoria o accidental... La acción antes descrita recae sobre bienes inmuebles ajenos, no incluyéndose los totalmente abandonados o inhabitables...”; Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 6-10-2004, nº 344/2004, rec. 183/2004, Pte: López Millán, Antonio

A) *Consecuencias*

Esta tercera concepción del bien jurídico protegido como el patrimonio inmobiliario es más amplia que las anteriormente expuestas y puede considerarse como una suma de las otras dos, con las que tiene en común que las entradas con carácter pasajero, esporádico o transitorio, siguen considerándose atípicas por el escaso riesgo que producen al bien jurídico protegido. Su mayor amplitud deriva del hecho de que la protección es no sólo para el poseedor cuya posesión deriva del dominio (primera teoría), o para cualquier poseedor de hecho (segunda teoría), sino que puede ser protegido el dueño aunque no tenga la posesión como hecho³⁷².

Eloy (EDJ 2004/172877): “*El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 245 CP es el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles; teniendo en definitiva por objeto la protección del patrimonio inmobiliario. Se trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse en este despojo, si no como definitivo, si durante un tiempo prolongado durante el que el titular venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no una mera estancia limitada, y ello dado el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal...*”; Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-10-2004, nº 312/2004, rec. 299/2003, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña (EDJ 2004/173138): “*El bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 245 del Código Penal es el domicilio [léase dominio] y demás derechos reales sobre inmuebles; en resumen, tiene por objeto la protección del patrimonio inmobiliario. En definitiva, trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse este despojo, sino como definitivo, si como continuado en el tiempo, en el sentido de que suponga un período dilatado durante el que venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no una mera estancia transitoria...*”; Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 30-5-2013, nº 144/2013, rec. 203/2013, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2013/107785): “*El bien jurídico protegido con este tipo penal es el patrimonio inmobiliario que se protege frente a las lesiones para el derecho de propiedad y sus facultades inherentes como el derecho de posesión...*”; Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 5-11-2013, nº 1022/2013, rec. 195/2013, Pte: Iglesias Martín, José Carlos (EDJ 2013/286420), y la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 19-11-2013, nº 1063/2013, rec. 285/2013, Pte: Iglesias Martín, José Carlos (EDJ 2013/286417): “*el bien jurídico protegido, integrado por el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles y concretamente los derechos de disfrute y tenencia inherentes a la propiedad y a la posesión*”; Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 20-9-2013, nº 458/2013, rec. 732/2013, Pte: Astor Landete, Joaquín (EDJ 2013/189837): “*Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de usurpación de inmueble, tipificado y penado en el artículo 245.2 del Código Penal, objeto de la acusación del Ministerio Fiscal. El bien jurídico protegido por el delito de apropiación [léase usurpación] indebida es el patrimonio...*”; Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 30-11-2006, nº 252/2006, rec. 121/2006, Pte: Rodríguez Rosales, Marcelino (EDJ 2006/453733): “*El bien jurídico protegido por este delito no es la intimidad personal ni la inviolabilidad del domicilio, sino el uso y disfrute inherentes a la propiedad y otros derechos*”. Además de las sentencias transcritas, así también lo reconocen los siguientes autos de las Audiencias Provinciales: Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, A 16-5-2006, nº 202/2006, rec. 6360/2005, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis (EDJ 2006/357599); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, A 15-11-2010, nº 503/2010, rec. 362/2010, Pte: Juan Agustín, Mercè (EDJ 2010/330197); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, A 21-11-2007, nº 115/2007, rec. 204/2007, Pte: Bellido Soria, Francisco (EDJ 2007/317120).

³⁷² V. gr., sería típica según esta concepción el supuesto de ocupación de un inmueble cedido en usufructo por el titular del mismo (propietario); si bien, a diferencia de la concepción que sostiene que el bien jurídico protegido es la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada, en este caso sujeto pasivo sería tanto el propietario (con una posesión mediata sobre el inmueble usufructuado), como

1.4.5.- CUARTA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, PATRIMONIO INMOBILIARIO Y ORDEN PÚBLICO

El emplazamiento sistemático del artículo 245.2 del Código Penal (Capítulo V, del Título XIII, del Libro II) podría hacernos pensar que el delito de usurpación en su variante de ocupación pacífica de bienes inmuebles es un delito uniofensivo siendo el único bien jurídico protegido el expuesto en cualquiera de las tres hipótesis *ut supra* referenciadas (propiedad, posesión, o patrimonio inmobiliario). Aunque así lo entiende la generalidad de la doctrina y jurisprudencia, que considera que existe un único interés a proteger, de forma tímida y minoritaria algún autor deja intuir que estamos ante un delito pluriofensivo considerando que en el tipo penal se combina el desvalor de dos bienes jurídicos (patrimonio y orden público). Ello nos obliga, en primer lugar, a definir el orden público, interpretarlo a la luz de la Norma Fundamental, y distinguirlo de conceptos afines, para concluir analizando si realmente existe o no esa relación entre ambos bienes jurídicos³⁷³.

el usufructuario (con una posesión inmediata), y que tiene las facultad de usar (*ius utendi*) y disfrutar (*ius fruendi*) de la cosa, en definitiva la posesión como hecho. La Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, S 11-7-2003, nº 120/2003, rec. 27/2002, Pte: García Castillo, José Tomás (EDJ 2003/201113), realiza un resumen “jurisprudencial” de las tres teorías hasta ahora expuestas al decir: “Los Tribunales Provinciales vienen entendiendo que el bien jurídico protegido por el delito del art. 245 del Código Penal es la propiedad (en este sentido, S.AP Gerona 3.5.1999 EDJ 1999/19598 y S.AP Valencia 3.6.2000), de modo que: “sin daño a la propiedad no puede existir este ilícito” (S.AP Madrid 23.1.2001 EDJ 2001/8124), o bien “los derechos de disfrute y tenencia inherentes a la propiedad y a la posesión” (S.AP Murcia 28.12.1999 EDJ 1999/55857) e incluso “el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles; en resumen, la protección del patrimonio inmobiliario” (S.AP Zaragoza 28.10.1998 EDJ 1998/30327)...”

³⁷³ A fin de evitar ociosas reiteraciones nos remitimos a las páginas precedentes donde se recoge con exhaustividad la doctrina y Jurisprudencia *menor* que concibe este delito como uniofensivo. Entre los autores que consideran que se atacan otros bienes jurídicos al margen de los estrictamente patrimoniales, Vid., MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >> en *Actualidad Penal*, Nº 40, 3-9 de noviembre de 1997, XLIV, 1997-2. Pág., 908; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *El delito de usurpación*. Ed. Imprenta Universitaria-Pabellón de Servicios, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1985. Pág., 8; FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*. Nº 4, año 1997. Pág., 1317; PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª edición. Madrid, 1993. Pág., 198.

A) *El Estado y el orden*

Cuando la ciencia política se plantea el estudio de los fines del Estado, inicia su camino cuestionando la existencia de un fin único o de fines múltiples. Los partidarios del fin único abogan, por la expresión “bien común” como la que recoge con mayor perfección aquel fin. La idea formal y permanente del bien común contiene dos elementos fundamentales: el orden y la justicia³⁷⁴.

³⁷⁴ “Aunque no se quisiera, habría que contar al menos con la presencia activa del Estado y de los legisladores (gobernantes), de un modo imprescindible cuanto se trata de “metodizar”, al menos, la justicia particular, estableciendo el cómo, el cuándo, y el quién de cada una de sus prestaciones... Por ello el Derecho es beneficiario de la fuerza que la organización colectiva ha de ser capaz de implantar como marco y función del orden público”. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á., Y ALONSO OLEA, M.: *La tiranía en la Gracia antigua. Discurso leído el día 19 de diciembre de 1994 en el acto de su recepción como Académico de número, por el Excmo. Sr. D. Ángel Sánchez de la Torre. Y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Alonso Olea*. Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1994. Págs., 57-59. Distingue LUÑO PEÑA cuatro conceptos distintos de Estado: “Concepto filosófico. El Estado es una sociedad perfecta y eficaz (Aristóteles)... Concepto jurídico... El Estado es un sistema ideal de normas, con vigencia objetiva y coercitiva, delimitada en cuanto a las personas, en cuanto al espacio y en cuanto al tiempo (Kelsen). Concepto social. El Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio (Jellinek). Concepto político. El Estado es la personalidad políticamente organizada de la nación en un país determinado (Bluntschli)”, en *Derecho Natural*. Ed. La Hormiga de Oro, 3ª edición revisada y ampliada. Barcelona, 1954. Págs., 470-471. “El Estado no ha existido siempre, ni tampoco podemos decir que no dejará de existir algún día; es más: hay síntomas hoy de una profunda crisis del concepto de Estado, sobre todo por el nuevo planteamiento de la Guerra, que ya no puede ser simplemente interestatal, y la presencia cada día más decisiva de organismos superestatales en el mundo. Es cierto que una sociedad asentada como unidad relativamente independiente en un determinado territorio se constituye siempre con un sistema de gobierno común suprafamiliar. Para designar esta forma de existencia social que siempre ha existido y difícilmente puede desaparecer podemos servirnos de la palabra república, con tal que la despojemos de su referencia a una concreta forma de gobierno (en contraposición a “reino”), y no pretenda significar más que lo que literalmente quiere decir: “cosa pública”, o mejor “gestión pública”. El Estado propiamente dicho aparece en el siglo XVI como reacción superadora de la anarquía provocada en algunos pueblos europeos por las guerras de Religión. España, al verse afortunadamente libre de esas guerras, no sintió verdaderamente la necesidad del Estado, y por eso la teoría del Estado (propia de los “políticos”, como se decía entonces) fue mal recibida por nuestros pensadores clásicos, y, de hecho, el Estado sólo se ha ido realizando en España con gran lentitud y dificultad, y siempre impulsado por influencias extranjeras, sobre todo francesas, pues es en Francia donde la idea de Estado alcanzó su máxima racionalización, empezando por la obra de Bodin, primer gran teórico del Estado. Por sí mismo, el Estado es un tipo de organización social que tiende a excluir la existencia o, al menos, disminuir la importancia, de todo otro tipo de agrupación humana... Recaba la concentración de todo poder en una instancia jerárquicamente unificada y circunscribe este poder supremo o soberanía dentro de un área cerrada por fronteras que la separan de otros Estados, con los que sólo por convenios de amistad puede superarse una como esencial aunque latente hostilidad. El territorio propio era esencial para la teoría del Estado, pero la reciente aparición, en el derecho internacional, de Estados sin territorio actual es una manifestación más de la crisis del Estado”. D’ORS, A.: *Una introducción al estudio del Derecho*. Ed. Rialp, 8ª edición. Madrid, 1989. Págs., 118-119. “Dos son las acepciones que se dan a... [la palabra Estado] cuando se aplica a la idea de sociedad, a saber: la de sociedad civil o política, y la de soberanía política o autoridad suprema civil o política... El sentido más propio... es el de sociedad civil o política; y tomada en él, le es aplicable la definición que vamos a dar de ésta. Llámase sociedad civil o política, aquella sociedad completa y perfecta que, compuesta de multitud de familias, se propone la consecución del bien común naturalmente necesario a todos los hombres. Decimos que la sociedad civil o política es completa, por cuanto el bien propio de ella es genérico y no se limita a una especie determinada de ellos. Es perfecta, porque es independiente de las demás sociedades dentro de la esfera de su propio fin. Es compuesta de multitud de familias, porque aun cuando los hombres, como meros individuos, sean los últimos elementos de que se

Al hablar de orden se alude al orden moral; esto es, al conjunto de relaciones que deben mantener los seres morales con sujeción a un principio supremo de perfección moral que las determina, a un orden destinado a los actos libres del hombre. Tal orden constituye la garantía de la estabilidad social y es una especie de freno a la libertad, ya que el orden así entendido, debe procurar que los movimientos de la sociedad se produzcan dentro de unos cauces. Por eso la meta de la acción política es conseguir el máximo orden dentro del máximo de libertad, ya que a más orden existe menos libertad, y a más libertad, menos orden. El orden que más favorece a ésta última es el orden justo. De ahí que la justicia sea otro de los elementos permanentes del bien común. El orden es el elemento estático del bien común, mientras que la justicia es su elemento dinámico. Y lo es, porque cualquier sentido en que se tome la justicia (legal, conmutativa o distributiva) hace referencia siempre al individuo³⁷⁵.

compone, éstos no pueden considerarse aislados de las familias de que forman parte, familias que en el orden natural e histórico son anteriores a la sociedad civil, por lo que vienen a ser la materia próxima de que se compone ésta. Decimos que se propone la consecución del bien común, naturalmente necesario a todos los hombres, por cuanto el fin suyo es aquel bien natural que, siéndoles necesario, no pueden conseguir aisladamente”. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R.: *Elementos de Derecho Natural*. Establecimiento Tipográfico Domenech, 8ª edición, corregida y aumentada por Antonio Guillén R. de Cepeda. Valencia, 1921. Págs., 450-451. Afirma LUÑO PEÑA, E., que: “El Estado es una Sociedad perfecta que posee la plenitud de la autoridad, la soberanía, para mantener, en el interior de sus fronteras, el orden, la paz y la seguridad, con miras al bien común como finalidad suprema”, en *Derecho Natural*. Ed. La Hormiga de Oro, 3ª edición revisada y ampliada. Barcelona, 1954. Pág., 480. Continúa el citado autor: “Si el fundamento del Estado es la Justicia, su fin supremo e inmediato es el bien común”, en *Derecho Natural... Op. cit.*, Pág., 472. En relación al bien común Vid., URDANOY, T.: << Apéndice II.- El bien común según Santo Tomás >> en *Suma Teológica*. Tomo VIII. 2-2 q.47-79. Ed. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1961. Págs., 755-779. Define LUÑO PEÑA el bien común como “la conjunción y la ordenación de los bienes particulares en vista de un fin que les es inmanente. Materialmente considerado, el Bien común consiste en el conjunto de bienes y condiciones... que hacen posible a sus miembros la máxima perfección: el bien humano perfecto. Formalmente, se dice que el bien común no es la suma de los bienes de los particulares, y que es de orden distinto al bien privado, ya que éste se encuentra en pugna con aquél. Y, sin embargo, el bien común incluye todos los bienes particulares, pues nada existe fuera de éstos, y para ser perfecto debe incluir la suficiencia de todos y cada uno de los bienes privados. Esto se entiende... si en vez de considerar al Bien común como el conjunto de bienes particulares en una forma acumulativa y de simple adición aritmética, lo entendemos en una dimensión proporcional, relativa. El Bien común es el bien o suficiencia de medios de vida de cada uno, considerado solidario del bien de los demás. Es el bien mío, relativamente, proporcional al de éste, al de aquél y al de todo el mundo. Si uno de ellos es deficiente, sufre detrimento el Bien común”, en *Derecho Natural... Op. cit.*, Pág., 167. Ejemplifica el citado autor con un pasaje de un filósofo griego: “Aristóteles pone de relieve que, de la misma manera que en un ejército existe un bien inmanente que consiste en el orden, y un bien especial, separado y particular, que es el objetivo que se propone el jefe, así también en el Universo, además del orden intrínseco de la naturaleza, existe una gravitación general hacia un Bien inmutable, universal e infinito. (Met., 1075, a. 12 y sgts.)”, en *Ibidem*. Pág., 166.

³⁷⁵ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público*. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid, 1992. Págs., 15-16; CARRO MARTÍNEZ, A.: *Derecho Político*. Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, 3ª edición. Madrid, 1965. Págs., 83-86; SANCHO IZQUIERDO, M.: *Tratado Elemental de Filosofía del Derecho y Principios de Derecho Natural*. Ed. Librería General, 2ª edición. Zaragoza, 1944. Págs., 76-77. “La

La justicia sólo puede realizarse dentro del orden, pero un orden sin justicia puede convertirse en arma del despotismo más cruel, que no se identificará nunca con la idea del bien común. Esta es la razón de que no sea posible tal idea sin la concurrencia simultánea del orden y de la justicia. Si uno de ellos faltase, no podría hablarse de bien común, teniéndose por más grave la falta de orden. Así, Goethe temía más al desorden que a la injusticia. Prefería, pues, el orden a la justicia, porque la justicia no puede darse más que bajo un régimen de orden. Sin orden no hay justicia posible, y sin ambos no existe el bien común³⁷⁶.

sociedad promueve la libertad, el Estado el orden. La plena armonía entre el Estado y la sociedad, la libertad y el orden constituyen uno de los fines más elevados, pero es también el problema más difícil de la civilización”. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R.: *Elementos de Derecho Natural... Op. cit.*, Pág., 453. “Es el orden, según el concepto más general que del mismo puede formarse cualquiera, cierta unidad que podemos advertir o establecer en una variedad de cosas... La idea de orden tiene, pues, una doble consideración, espacial y temporal, que es necesario abarcar en un concepto general que nos permita saber lo que es el orden en todos los momentos y circunstancias. Tal es el concepto que del mismo da Mendizábal”. SANCHO IZQUIERDO, M.: *Tratado Elemental de Filosofía del Derecho y Principios de Derecho Natural... Op. cit.*, Págs., 70-71. “El orden es... conjunto de relaciones que deben mantener los seres con sujeción a un principio superior que los determina”. MENDIZÁBAL Y MARTÍN, L.: *Tratado de Derecho Natural. Tomo I.- Teoría Fundamental del Derecho*. Imprenta Clásica Española, 7ª edición enteramente refundida con la colaboración de Alfredo Mendizábal Villalba. Madrid, 1928. Pág., 173.

³⁷⁶ “La conveniente proporción cuantitativa de las partes al todo y entre sí, es la condición de la rectitud al orden, tanto en el mundo moral como en el físico, y claro es que en el orden jurídico ha de existir indispensablemente la misma condición, por ser propia de todo orden. Esta proporción, con relación al orden jurídico, constituye la justicia, que puede ser considerada en sentido objetivo y subjetivo. Podemos definir la justicia en sentido objetivo: La proporción entre el dar y exigir aquello que es necesario para la existencia del orden social, y para que dentro de él pueda cumplir el hombre el fin que le es propio. La justicia en sentido subjetivo, fue ya definida por Ulpiano: *Constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, definición aceptada por Santo Tomás, que la expresa así: el hábito por el cual un hombre con voluntad constante y perpetua, se inclina a dar a los demás aquello que le pertenece. La justicia fue dividida ya por Aristóteles, en conmutativa, distributiva y legal”. RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R.: *Elementos de Derecho Natural... Op. cit.*, Págs., 93-94. “Aristóteles distinguía entre Justicia general y Justicia particular. Esta última la dividía en justicia distributiva y justicia conmutativa (sinalagmática o correctiva). La justicia conmutativa... es la justicia que trata de resolver las relaciones creadas entre los particulares, generalmente por los convenios establecidos entre ellos. Es propiamente la justicia que debe presidir los contratos, las situaciones llamadas cuasi contractuales y aquellas que deben dar lugar a indemnización de daños y perjuicios. Esta justicia... se define en proporción aritmética, por la igualdad... La justicia distributiva, en una comunidad organizada, trata de distribuir honores, beneficios y cargas entre sus miembros. Dijo Aristóteles... que la característica de la justicia distributiva es la proporción geométrica, en el sentido de que la distribución no se verifica en igualdad, sino en proporción. Lo que se llama igualdad en justicia distributiva no es la igualdad absoluta aritmética, sino la proporcionalidad a las necesidades, méritos y situaciones, que naturalmente no pueden ser apreciados en un solo momento ni siquiera en una sola generación, sino que tiene que derivar de una serie de consideraciones mucho más complicadas, en las cuales también juega el interés general... Mientras la justicia conmutativa regula la relación de parte a parte, y la distributiva del todo (la Comunidad) a todas las partes, la justicia general se ocupa de la relación inversa de todas las partes al todo (la Comunidad) y su pauta es el bien común...”. JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: << Una introducción al realismo jurídico de Juan Vallet de Goytisolo >> en *Verbo*. Año LII. N° 521-522. Enero-febrero, 2014. Págs., 24-25. *Vid.*, VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho Civil*. Ed. Bosch, 2ª edición corregida. Barcelona, 1973. Págs., 29-30. “La justicia legal es la proporción entre los individuos y el Estado, en virtud de la cual los primeros vienen obligados a dar al segundo aquello que conduce al bien común; esta justicia ordena las partes al todo, y se llama legal,

Los partidarios de los fines múltiples del Estado han enumerado unos fines concretos y específicos, frente a la más genérica y abstracta idea de bien común. Si bien, se muestran preocupados por unas ideas que guardan gran afinidad con el bien común. Unos hablan de proteger la libertad individual contra los ataques injustos (Holtzendorff, Bluntschli), otros de mantener el orden y el derecho (Carré de Malberg), otros de realizar el derecho (Jellinek, Santamaría de Paredes). Todos abogan, pues, de manera directa o indirecta, por la defensa del orden³⁷⁷.

porque el modo en que han de obrar los ciudadanos para el bien de la comunidad, lo prescribe el soberano por medio de las leyes". RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R.: *Elementos de Derecho Natural... Op. cit.*, Pág., 94. "La famosa cita de Goethe: "Prefiero una injusticia al desorden, porque el desorden es causa de mil injusticias". Y eso que se la puede tomar rectamente, y no como se la suele entender, abusivamente, como si Goethe hubiese dicho "prefiero la injusticia al desorden"; Goethe decía que prefería una injusticia al desorden, porque éste es causa de mil injusticias; es decir, lo que Goethe prefería es una injusticia a mil, no cualquier orden al precio de cualquier injusticia". MARÍAS, J.: *Ortega ante Goethe*. Ed. Taurus. Cuadernos de la Fundación Pastor, 4. Madrid, 1961. Pág., 17. "Si negamos el Derecho natural o idea de Justicia, arruinamos (afirma Recasens) los fundamentos del Derecho positivo, convirtiendo a éste en un mero fenómeno de la fuerza. Las normas jurídicas no pueden obligar sino en cuanto se reconoce que el Derecho positivo es algo justificado y en cuanto dimana de una autoridad legítima. Ahora bien, sólo la Filosofía del Derecho es capaz de fundamentar o justificar el Derecho positivo". SERRANO VILLAFANE, E.: *Filosofía del Derecho-Derecho Natural. Concepciones Iusnaturalistas Actuales*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2ª edición. Madrid, 1977. Pág., 17.

³⁷⁷ Vid., HOLTZENDORFF, F.V.: *Los fines del Estado. (Estudios de Derecho Público. Parte fundamental de la célebre obra: Principen der politik)*. Imp., de la Biblioteca Jurídica de Autores Contemporáneos. Madrid, 1893; BLUNTSCHLI, J.K.: *Derecho público universal (Versión castellana por García Moreno y Ortega García)*. F. Góngora y Compañía, editores. Madrid, 1880; CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría General del Estado (Traducción de José Lión Depetre y Prefacio de Héctor Gros Espiell)*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª edición en español, 1ª reimpresión. México, 2000; JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre. (Teoría General del Estado. Traducción y prólogo de la segunda edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti. Edición a cuidado de José Luis Monereo Pérez)*. Ed. Comares. Granada, 2000; SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Curso de Derecho Político según la Filosofía Política Moderna, la Historia General de España y la Legislación Vigente*. Imp., de Ricardo Fé, 8ª edición. Madrid, 1909. "Actualmente, podemos hacer dos claras distinciones de la figura del Estado respecto del Orden Público. La primera distinción atiende al Estado como garante de ese orden, como la garantía formal y abstracta de una situación necesaria de normalidad democrática. En este sentido, De Bartolomé Cenzano advierte que la idea acerca de "la necesidad de un orden en otras formas de organización más simples o nucleares como la familia o la sociedad civil ya está presente en la filosofía griega y escolástica". Estado y Orden Público han ido de la mano desde el principio de los tiempos, siendo el primero el medio a través del cual se genera una vida ordenada, proporcionando un compendio de ventajas a sus nacionales, y que se concreta en un régimen jurídico. El Estado es la disciplina jurídica de un pueblo o, si se prefiere, como establece Sánchez Férriz, nos hallamos ante una "estructura mínima organizadora y permanente del elemento humano esencialmente espontáneo". Según la opinión del citado autor, sería erróneo referir una misma idea de Estado a diversas etapas históricas, por lo que sería conveniente hacer una llamada de atención al lector en este sentido. Sánchez Agesta, por su parte, establece una práctica distinción: subjetivamente el Estado se manifiesta en nosotros como un sentimiento de la "unidad social", y objetivamente mediante el orden. El Estado proporciona este orden que anhela cualquier civilización, tanto como para desarrollar su vida como para optar a un hueco de la comunidad internacional, pasando a ser institucionalizado ese orden establecido. Todo ello, sin olvidar que el Estado constituye un producto histórico, por lo que debe estudiarse refiriéndolo a la época moderna. En relación a esta premisa, podemos afirmar igualmente que no existe la Administración hasta que no existe el Estado actual, o lo que es lo mismo, solo podemos hablar de Administración en sentido moderno cuando aparece históricamente el

Estado. En cuanto a la segunda distinción, dentro igualmente de las clásicas teorías de Estado, el orden podría ser concebido como el soporte o sustento de la organización política misma, y presupuesto ineludible de ella. En este sentido, las figuras de la familia y la sociedad civil cumplen una clara función estructuradora. El razonamiento es sencillo si se tiene en cuenta que el primer paso de integración del hombre se produce en el grupo familiar, pues éste satisface las necesidades básicas y contribuye de forma necesaria al primer estado necesario de la sociabilización humana, favoreciendo su inclusión en otras unidades superiores como la comunidad política. Seguidamente, la conducta humana se convierte en conducta social mediante la relación del hombre con los demás, configurándose la conducta de cada uno en función de la de los demás, anhelando todos ellos elementos materiales y poder, conduciéndolos a una continua situación de guerra, y sin otra seguridad que la que le proporciona su propia fuerza física y su habilidad para conseguirla. En este sentido, la paz o el orden se presenta como la única solución, la primera ley natural, mediante la cual los hombres acuerdan derivar toda su fuerza y derechos a un solo centro, soberano o consejo, que interviene como catalizador de todas las voluntades, y que además se constituye como poder común capaz de proteger a cada uno frente a todos los demás. El proceso de cesión de poder por parte del individuo a otra entidad, convierte a éste en ciudadano, y que sería perfeccionado doctrinalmente posteriormente mediante las teorías contractualistas hasta llegar a la actual idea de democracia y Estado. El poder de este último no solo se caracteriza por su concentración, sino por su despersonalización y objetividad, sustituyendo el concepto de "privilegio" por el de "derecho". Ante el temor de que esta concentración de poder derivara en un mal uso del mismo, surgirían soluciones como los ordenamientos jurídicos y la división de poderes. Ambos planteamientos no son incompatibles entre sí, sino que se circunscriben en las teorías del Estado mediante una relación claramente simbiótica. El orden se convierte en un elemento vital de la comunidad política, ya que esta nace originariamente con la finalidad de crear las necesarias condiciones para la vida en comunidad. Asimismo, una vez implantada la situación de normalidad esta constituye sin duda el soporte mismo del funcionamiento de la organización política, asegurando la subsistencia del sistema establecido. No es preciso ahondar en múltiples teorías de Estado para deducir claramente la relación existente entre los fines de la estructura política y el fundamento de la misma. De no existir satisfacción de fines comunes fuera de la actividad estatal, ni sociedad viable sin esta, las alternativas se reducen tan solo a la presente. La política, en opinión de Sánchez Agesta, al igual que de gran parte de la doctrina, se traduce en "la actividad que tiende a configurar el Estado y sus elementos en razón de un fin". En cuanto al planteamiento elaborado por la ciencia política en este sentido, suelen establecerse dos posibles variables: la que aboga por la existencia de un único fin por parte del Estado, y la que defiende su multiplicidad de fines. Referente a la primera, sin duda el primer exponente lo encontramos en la figura de Santo Tomás de Aquino. El autor concebía la sociedad como un intercambio mutuo de intereses o servicios dirigidos hacia el bien común, de tal forma que la figura y actividad del gobernante se justifica en la medida en que contribuye a la creación o mantenimiento de ese bien común, concepto en cualquier caso puramente teleológico e instrumental para encauzar la vida terrenal a la celestial. El fin del hombre en sociedad es acceder a la felicidad y virtud en el seno de esta, y la finalidad del gobernante es hacer propicio y real este esquema. Concretamente, el gobernante debe prestar especial atención al mantenimiento de la paz y el orden, impulsando las condiciones precisas para su existencia y eliminando obstáculos que amenacen la posibilidad de prestar tales servicios, pero siempre bajo la estricta legalidad vigente. La íntima vinculación de la Administración al interés general se explica por su condición misma de instrumento estatal de acción para la realización efectiva del ordenamiento. No existe ni ha existido jamás una organización social carente de una mínima estructura de gobierno a la que se confíe la protección y satisfacción de los intereses comunes a todos los miembros de aquella. Este bien común constituye el elemento esencial de la vida política entendida como actividad al servicio de la colectividad. Se traduce en el fin último de la sociedad civil, otorgando de significado al ordenamiento jurídico como elemento instrumental del poder e inspirando la actividad del gobernante democrático. El orden y la seguridad personal serían los fines prioritarios que asume el Estado. De igual modo, no son pocos los autores que han rechazado la teoría anterior por ser excesivamente genérica y han optado por concebir diferentes fines a los que debe hacer frente el Estado. La intervención administrativa se justificaría únicamente en cuanto que falla la iniciativa popular en orden a la satisfacción de una determinada necesidad pública. Pero el problema de esta línea argumental radicaría en la multiplicidad de fines que han sido mencionados y defendidos, que por otro lado pueden ser reconducidos a la defensa del orden, como elemento común a todas ellas. Sin duda, la aportación más significativa viene de la mano de Cuesta y Martín, al admitir que el orden social constituye un elemento estructural en el organigrama estatal. Este orden social se fraccionaría en dos: orden moral y orden jurídico. Y este último, a su vez, se dividiría en orden privado y público. El primero englobaría las relaciones privadas tan solo, y el segundo, el Orden Público, constituiría el elemento clave para la evolución y existencia de la sociedad. Como podemos apreciar, al

Tan importante como la vida individual es, para la existencia del Estado, la conservación del orden social, en el que deben distinguirse el orden moral y el orden jurídico. Sólo este último afecta a las relaciones entre los hombres. En el orden jurídico, a su vez, deben distinguirse el orden privado, que afecta a las relaciones entre los individuos, sin gran trascendencia al modo de ser y vivir de la sociedad política, y el orden público, de cuya conservación depende la vida y perfeccionamiento social. En el siglo XIX se decía que el orden público era una de las condiciones necesarias e indispensables para la vida de las naciones, pues sin orden público no puede haber paz, tranquilidad, seguridad ni estabilidad en la posesión de las cosas. Esta es la razón de que se estimara que la primera obligación de todo Gobierno era la de conservar ese orden, llegando incluso a imponerlo por la fuerza, aunque se debiera procurar prevenir los males antes de que sucediera, dotando a la nación de leyes sabias y justas³⁷⁸.

igual que en el apartado anterior, parece que de alguna forma ambas posturas parecen converger si las desarrollamos hasta sus últimas consecuencias. La primera apunta a la existencia de un concepto, el bien común, cuyos elementos estructurales son el orden y la justicia. La justicia solo puede ser eficaz y válida a través de la preexistencia de un orden, mientras que éste puede realizarse fuera de la justicia, acercándonos a un peligroso punto en este caso. Si bien las teorías que abogan por un fin único en la actividad estatal mencionan el Orden Público, el planteamiento final no difiere mucho de aquellas otras que defienden una variedad de fines estatales y que resumen tales propósitos igualmente en la defensa del orden en sentido genérico". MONTALVO ABIOL, J.C.: << Concepto de Orden Público en las Democracias Contemporáneas >> en *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*. Nº 22, 2010-II. Págs., 205-208.

³⁷⁸ Vid., LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público*. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid, 1992. Págs., 16-17. CARRO MARTÍNEZ, A.: *Derecho Político... Op. cit.*, Págs., 86-87; CUESTA MARTÍN, S.: *Principios de Derecho Administrativo*. Ed. Núñez, 2ª edición. Salamanca, 1914. Págs., 296-297. "Los fines del Estado son: la tutela del orden jurídico y la prosperidad temporal pública... Más como los individuos no pueden tomarse la justicia por sus manos... de aquí la necesidad de que se encuentren ligados a una autoridad encargada de defender sus derechos y de realizar la justicia entre ellos, y precisamente la sociedad formada con este objeto no es otra que la política o Estado, puesto que en ninguna otra puede esto realizarse... Pero los hombres no sólo necesitan la defensa de sus derechos amenazados, sino también que se decidan las dudas de derecho que entre ellos pueden surgir, así como que se fijen reglas para determinar aquello que queda vago por la ley natural, o que, siendo variable por naturaleza, no ha sido fijado por ella, y todo esto se comprende en la tutela del Derecho, sin el cual no podrían los hombres gozar de paz ni de estabilidad, ni llenar sus fines, tutela que, como acabamos de decir es necesario que se realice por una autoridad superior, a la cual todos queden obligados". RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R.: *Elementos de Derecho Natural... Op. cit.*, Págs., 453-454. "Puede definirse la política en general: conocimiento bastante y recta y oportuna práctica de los actos jurídicos, que deben ordenarse al mantenimiento y prosperidad de la nación; o lo que es igual, al cumplimiento de los deberes de la nacionalidad y de la ciudadanía en las respectivas esferas de acción social que a cada persona corresponden e incumben, según su estado y circunstancias. Y la política que compete al estadista o repúblico en el grado más eminente: virtud y sabiduría en el ejercicio del supremo gobierno de la nación... No debe ser esta [la política], en caso ni grado alguno, pero menos en las alturas de la soberana gobernación y de sus funciones inmediatamente delegadas, ciega rutina, ni inhumano manejo para fines que, si resultan distintos de los del legítimo interés nacional, son más o menos torcidos y reprobados y arguyen siempre defecto, muchas veces pecado, algunas gravísimo delito y, por supuesto, execrable indignidad". GIL ROBLES, E.: *Tratado de Derecho Político según los Principios de la Filosofía y el Derecho Cristianos I*. Ed. Afrodísio Aguado, S.A., Editores-libreros, 3ª edición. Madrid, 1961. Pág.,

B) Dificultades conceptuales

Grandes problemas plantea a la doctrina y a la jurisprudencia la determinación del significado de orden público. El propio MUÑOZ CONDE afirma que “pocos conceptos

27. “Muchas de las funciones del Derecho pertenecen preferentemente a sus funciones respecto a la sociedad en general; otras respecto al Estado; otras respecto a la persona individual. Obviamente deberíamos admitir que el orden jurídico tiene funciones sociales, políticas e individuales. Puesto que en su ámbito de vigencia se hallan, de un lado, la dimensión de la sociedad en cuanto marco global de las diferentes comunicaciones interhumanas; de otro la dimensión del Estado en cuanto elemento organizador de la coexistencia de todos los intereses y actividades producidos en el seno de la colectividad; y de otro la dimensión individual de los individuos en cuanto sujetos sociales de toda libertad y de toda responsabilidad concretas. Una perspectiva sistemática de las funciones del Derecho en su más amplia comprensión: hacia la sociedad, hacia el Estado y hacia cada individuo, aparece así: I.- Las funciones del Derecho para con la sociedad global pueden clasificarse en tres direcciones: la conservación de la colectividad, su desarrollo y su seguridad. La primera función la cumple el ordenamiento jurídico al obligar a los individuos a renunciar a la venganza privada y a tomarse la justicia por su mano mediante la acción directa. Una sociedad sometida al juego indefinido de la acción violenta terminaría por disolverse en la guerra de todos contra todos... La segunda función es la de establecer un sistema de comunicaciones y un sistema de circulación de bienes, donde la colectividad puede progresar mediante la división y especialización del trabajo... En tercer lugar, para la función de la seguridad colectiva, el orden jurídico establece en la sociedad una organización privilegiada que sea capaz de establecer justicia entre los individuos y entre los intereses sociales en conflicto. Por ello es función social del orden jurídico legitimar la presencia del Estado, sin la cual no pueden establecerse decisiones que hagan respetar la justicia. A cambio de ello el Estado dispone de la ley, entendida como precepto común justo, para establecer dentro de la sociedad los mecanismos que garanticen la seguridad colectiva presidida por la acción del propio Estado, tanto hacia el interior como hacia el exterior de la propia colectividad. II.- Las funciones del Derecho hacia el individuo pueden observarse en las siguientes direcciones: En primer lugar, el orden jurídico crea en el individuo hábitos de racionalidad que le conducen en el sentido de alcanzar un alto grado de personalización. Esto lo hace el Derecho al referirse al individuo siempre bajo dos aspectos: como sujeto de libertad y como sujeto de responsabilidad, los cuales son los componentes esenciales de la racionalidad de la persona. En segundo lugar, el Derecho ofrece al individuo seguridades acerca de las cuáles van a ser las condiciones en que la sociedad, y los restantes individuos, permitirán llevar a cabo ciertas conductas, o cooperarán para que pueda realizarlas, o le obstaculizarán en su caso. Ello procede del conocimiento individual acerca del funcionamiento de ciertas instituciones jurídicas básicas: contratos, propiedad, familia, participación cívica, etc. En tercer lugar el ordenamiento jurídico orienta al individuo acerca de muchos intereses que él puede desarrollar en su propio provecho, suministrándole conocimientos acerca de la mejor manera de conseguirlos y asegurarlos en el presente y en el futuro. III.- Las funciones del Derecho hacia el Estado pueden desglosarse también en varios puntos: En primer lugar el orden jurídico legitima al Estado, en cuanto que le aporta las maneras que tiene de ejercer su poder en la sociedad, de manera que encuentre un máximo apoyo y un mínimo de rechazo para llevar a cabo su influencia hegemónica en la sociedad: la legitimidad en cuanto a los medios de obtener el poder y de ejercitarlo con criterios jurídicos que ningún poder fáctico debe despreciar si pretende mantenerse pacíficamente. En segundo lugar, el Derecho disciplina al Estado. Mediante el sistema de leyes vigentes en la sociedad con el consentimiento de la misma, el Estado puede fortalecer permanentemente su autoridad, al mandar ateniéndose a ellas, al aplicarlas exactamente al hacer justicia entre los litigantes y al castigar a los delincuentes e indemnizar a los perjudicados por éstos... En tercer lugar, la influencia del Derecho hacia el Estado llega hasta obligar a éste a especializar de tal manera sus competencias, que mediante la división de poderes quede anulado el método más fácil que el poder político tendría para intentar poner a su servicio indiscriminadamente al conjunto de la sociedad; y mediante los mecanismos de la participación política el Estado llega a convertirse en un civilizado cumplidor de los intereses colectivos. Esta reconversión social del Estado es tal vez la más moderna de las influencias que el orden jurídico ha conseguido, sobre todo si miramos en qué medida es auténtico el concepto de "Estado de bienestar" y la calificación del "Estado social de Derecho". SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Sociología del Derecho*. Ed. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1987. Págs., 81-83.

son tan confusos, oscuros y difíciles de precisar³⁷⁹. Esta confusión terminológica, oscuridad conceptual, relativismo e indefinición radica en que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado empleado tanto en el ámbito del Derecho público (Derecho político, penal, administrativo...) como en el ámbito del Derecho privado (Derecho civil fundamentalmente). Como dice ARNALDO ALCUBILLA, “el término orden público es una suerte de comodín para explicar con una etiqueta inexplicada un resultado ya prejuzgado que no se explica o que no se puede explicar”³⁸⁰.

A las dificultades anteriormente expuestas hemos de añadir, al menos en el ámbito del Derecho público, y concretamente en el Derecho penal, el problema de tener que deslindar el concepto de orden público de otros que en ocasiones se emplean como sinónimos (a saber: seguridad pública y seguridad ciudadana); y la tendencia reacia que

³⁷⁹ Vid., *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 805.

³⁸⁰ Vid., << El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución Española de 1978 >> en *La noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español*. ARNALDO ALCUBILLA, E., DELGADO AGUADO, J., E IGLESIAS MACHADO, S. Ed. Dykinson, con la colaboración del Gobierno de Canarias. Madrid, 2011. Pág., 218. “La seguridad pública y ciudadana y el orden público son conceptos sumamente difíciles de descifrar, al menos de un modo acabado... De tal modo que cualquier intento de explicación y comprensión de los conceptos de “seguridad y orden públicos” debe partir y ser consciente de su considerable dificultad”. CASINO RUBIO, M.: << Seguridad ciudadana y orden público >> en *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*. PAREJO ALFONSO, L. (DIR.). Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición revisada y actualizada. Valencia, 2013. Pág., 110-111. “En el campo de las Ciencias que denominamos puras las palabras significan, con práctica exactitud, y además universalmente, lo que dicen. En el reino de las Ciencias Sociales no cabe sostener el mismo aserto. Y allí donde debe imperar la seguridad jurídica, el Derecho, la ambigüedad es aún mayor en la medida en que requiere, con harta frecuencia, recurrir a los conceptos jurídicos indeterminados, tan abiertos, indefinidos y permeables que son rellenados al albur de criterios y hasta de intereses tan distantes que, en no pocas ocasiones, resultan contradictorios. La misma palabra, en fin, encierra significados diversos y los juristas teóricos y prácticos se muestran tan dispuestos como capacitados para escudriñar los mismos hasta forzarlos para alcanzar que esa expresión plurivalente concuerde con lo que se quiere que signifique... Uno de esos conceptos jurídicos indeterminados, el de orden público, que se caracteriza por su relativismo e indefinición”. ARNALDO ALCUBILLA, E.: <<El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución Española de 1978 >>... *Op. cit.*, Pág., 218. Págs., 217-218. FEDERICO DE CASTRO recopila alguna de las expresiones que la doctrina ha empleado para resaltar la dificultad, el carácter “enigmático y desconcertante” que plantea la concreción del término orden público. Dice así el referido autor: “La dificultad de la doctrina para encontrar una definición satisfactoria del concepto de orden público, es de distinta naturaleza, más honda que la que se puede tropezar ante otras figuras jurídicas, respecto de las que los autores se encuentran divididos. Se ha podido decir que “tratar de definir el orden público es aventurarse en arenas movedizas”, y diferentes autores lo adjetivan de “suplicio para la inteligencia”, de cabalgar en un caballo fogoso que nunca sabe dónde llevará, de parágrafo cauchú, de caminar por un camino cubierto de espinas. Lo que ha llevado hasta a pensar que no se trata de una cuestión propiamente jurídica, sino que para contestarla habría que acudir a otras disciplinas, a la Filosofía del Derecho, o a la Metafísica, y hasta que se nos advierta de la imposibilidad de definir el concepto de orden público”. DE CASTRO, F.: << Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia, El orden público. La protección del consumidor >> en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XXXV. Fascículo IV. Octubre-Diciembre, 1982. Págs., 1022-1023.

existe en la doctrina y jurisprudencia a emplear un término homónimo a una Legislación y Tribunal existentes hasta fechas relativamente recientes³⁸¹.

C) Concepto de orden público

El orden público no constituye un concepto inmutable y atemporal, sino que se encuentra ligado a los avatares políticos y sociales de cada época y país. De ahí que el

³⁸¹ “Por tanto... en el CP vigente el concepto de orden público está abocado a considerarse únicamente como un mero y dudoso criterio sistemático, pues por mucho que nos esforcemos en intentar acuñar una definición del mismo, encontramos una considerable dificultad de concreción, ya que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho es inadecuado mantener conceptos que se alejan del clima pretendido y desde luego, tampoco somos capaces de justificar su existencia como un criterio sistemático, pues ni tan siquiera nos parece idóneo en tal sentido. En consecuencia, nos acecha la duda de si realmente el "orden público" será una reminiscencia de épocas pasadas. Para contestar a ello, hemos de tener presente que no existe un concepto constitucional de orden público, y por lo tanto nuestro Derecho positivo no cuenta actualmente con una Ley de Orden Público. En su virtud, y con total convencimiento..., afirmamos que *el "orden público" es un concepto anacrónico, arcaico y a todas luces procedente de otros sistemas o formas de Estado distintas a la actual...* Sería más conveniente suprimir del CP actual el referido concepto, ya que las figuras que se albergan bajo este desafortunado criterio sistemático, parecen estar arropadas por un concepto carente del más mínimo contenido constitucional y que se configura como una simple apariencia, a lo que además debemos añadir la relativa homogeneidad entre las mismas, pues..., ni siquiera está claro que el nexo de unión entre los tipos penales recogidos bajo el Título XXII [Delitos contra el orden público] deba ser referido al orden público. Por ello, y como alternativa al... desfasado "orden público" planteamos un criterio sistemático acorde con nuestros tiempos, que goza de tratamiento constitucional y que encaja perfectamente con los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, que no es otro que el concepto de *seguridad ciudadana*, el cual viene recogido en el artículo 104 de nuestra Carta Magna, y a diferencia del orden público, sí que cuenta con un Ley Orgánica de desarrollo, concretamente con la Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana... El concepto de orden público no nos convence en absoluto ni tan siquiera como criterio sistemático, por lo que nos mostramos a favor de su total supresión, debiendo ser sustituido por conceptos más acordes con el Estado Social y Democrático de Derecho, y que posean una base constitucional [(como si orden público no la tuviera en los artículos 16 y 21 CE ;?)], y en tal caso, nada más adecuado que el concepto de *seguridad ciudadana*. Y es que, desde el nacimiento de la CE hasta nuestros días, se ha venido produciendo una progresiva sustitución del término "orden público" por el de "seguridad ciudadana", siendo especialmente significativa esta situación en el contexto de criterios de habilitación de intervenciones policiales, de tal manera que puede comprobarse cómo para definir la misión de los Cuerpos de Policía se ha abandonado el concepto de orden público, para utilizar el de seguridad pública o ciudadana y como consecuencia de ello el artículo 104 CE, lejos de referirse ya a las "Fuerzas del Orden Público" (denominación típicamente franquista) alude a las "Fuerzas y Cuerpos de Seguridad". Asimismo la propia Exposición de Motivos de la LOPSC se hace eco de esa situación al recoger: "Con todo ello, viene a completarse, la derogación formal de la Ley de Orden Público, tan emblemática del régimen político anterior y que ha caído prácticamente en desuso...". Por tanto, *el término "seguridad ciudadana" nos parece (a todas luces) más adecuado, pues no sólo tiene base constitucional, y está legalmente desarrollado mediante Ley Orgánica, sino que además su enunciado se encuentra libre de cualquier connotación política antagónica, o de reminiscencias correspondientes a formas de Estado ya superadas*". LORENTE VELASCO, S.Mª.: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Págs., 41-43. "El orden público es expresión... cargada de resonancias preconstitucionales". ÁLVAREZ ORTEGA, M.: << Orden Público: Unidad axiológica, espacio europeo >> en *Anuario de Derecho Europeo*. Nº 3. Año 2003. Pág., 15. "Orden público, palabra ahora postergada injustificadamente por su amargo sabor totalitario, pero que resulta imprescindible para el buen funcionamiento de la vida ciudadana". QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 1209.

orden público y su mantenimiento sea un proceso dinámico, que esté sujeto a evolución en el tiempo y, que dependa fundamentalmente del sistema político que esté establecido. Incluso con un Estado de Derecho consolidado puede experimentar fluctuaciones. Su contenido dependerá del tipo de sociedad y de sus valores culturales, e incluso morales y religiosos en muchos casos, ya que cada una organiza sus instituciones en función del ideal que declara, de las finalidades que persigue, y de los valores que quiere promover, que siempre responden a los intereses del poder establecido.

El Profesor GARCÍA AMIGO define el orden público entendido no sólo como el orden público administrativo, sino jurídico en general; y a tal fin dice que “vendría a ser las bases mismas del Ordenamiento jurídico total del Estado”³⁸².

³⁸² Vid., *Derecho Civil de España. I.-Parte General*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997. Pág., 603; DELGADO AGUADO, J.: << El orden público: proceso evolutivo >> en *La noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español... Op. cit.*, Págs., 22-23. “Síntesis de los principios jurídicos esenciales para la vida de una comunidad. Esta noción de orden público, que por su naturaleza adquiere un carácter dinámico y contingente, opera en el campo de los principios jurídicos, y tiene su aplicación habitual en el Derecho civil”. IZU BELLOSO, M.J.: << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >> en *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 58. Abril-Junio, 1988. Pág., 251. “Es de orden público la exigencia de la responsabilidad por dolo o la garantía patrimonial universal, ya que son la base jurídica del ordenamiento ciudadano en el tráfico jurídico; aunque no puede identificarse con el Derecho imperativo, el concepto de “orden público”, en el sentido que aquí interesa, se descubre al fondo de aquél (este concepto ha sido muy utilizado para evitar la aplicación de la ley extranjera)”. GARCÍA AMIGO, M.: *Derecho Civil de España. I.-Parte General... Op. cit.*, Pág., 603. “Del orden público existe la noción clásica y un nuevo concepto. Para Hariou, el orden público era el orden material y exterior, es decir, un estado opuesto al desorden, siendo sus elementos integrantes: la tranquilidad, la seguridad y la salubridad pública. La misma opinión le merece el orden público a Vedel. Para Otto Mayer, en cambio, es la actividad del Estado con vistas a defender, por los medios del poder de autoridad, el buen orden de la cosa pública contra las perturbaciones que las existencias individuales puedan producir. La doctrina moderna habla de dos posibles conceptos del orden público: uno formal, abstracto o en sentido amplio...; y otro material, concreto o en sentido estricto”. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público... Op. cit.*, Pág., 18. “Debe tratarse, por tanto, de un concepto lo suficientemente amplio como para servir de criterio sistemático de agrupación pero a la vez, esto tiene que equilibrarse con una concepción de orden público acorde con la forma de Estado, pues en un sistema democrático la necesidad de mantener el orden público no puede servir de amparo para tipificar todo lo que no sea sumisión al orden político establecido, ya que esto sería posible en otros tiempos o bajo otras formas de gobierno pero nunca en un sistema como el actual. Por ende, si asumimos un concepto muy genérico podríamos provocar que todos los delitos contemplados en el Código Penal fuesen susceptibles de encuadrarse bajo la rúbrica “Delitos contra el orden público”, pues a groso modo (y sin entrar aún en precisiones terminológicas) toda conducta susceptible de alterar el orden, la paz, la seguridad o la tranquilidad de la ciudadanía podría ser constitutiva de considerarse una afectación al orden público. Por todo ello..., [se trata de] alcanzar una definición que sirva de criterio sistemático y unificador de los muy diversos tipos penales, pero que suponga un concepto lo suficientemente restringido como para poderlo armonizar con las exigencias democrático-constitucionales”. LORENTE VELASCO, S.Mª.: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia... Op. cit.*, Págs., 26-27. En relación al concepto de orden público y su empleo por distintas ramas del ordenamiento jurídico español, vid., ÁLVAREZ ORTEGA, M.: << Orden Público: Unidad axiológica, espacio europeo >> en *Anuario de Derecho Europeo*. Nº 3. Año 2003. Págs., 15-45; ACEDO PENCO, A.: << El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia >> en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. Nº 14-15. Año 1996-1997. Págs., 323-392;

Frente a la definición unívoca expuesta, es frecuente en la doctrina distinguir entre un concepto formal, abstracto o en sentido amplio; y otro material, concreto o en sentido estricto. Podemos entender el orden público como el normal desenvolvimiento de la vida ciudadana, concepto que incluye por tanto el respeto a las leyes y si entendemos éstas en su acepción amplia, sinónima de ordenamiento jurídico, como el normal funcionamiento de los servicios públicos en el Estado de Derecho. Su mantenimiento supone el sometimiento de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, tal como indica el artículo 9 CE, así como la prevención y represión de las conductas que tiendan a perturbar la paz social, coartando los derechos individuales. Surge así un doble aspecto, del que parten RODRÍGUEZ DE VESA y SERRANO GÓMEZ para otorgar al concepto de orden público un carácter bifronte, como bien jurídico de una sociedad evolucionada y, en cuanto condiciona el normal desarrollo de las instituciones políticas, como interés estatal. A efectos penales, y como bien jurídico, es evidente que el orden público debe ser restringido a las conductas que de modo más grave afecten a los intereses individuales y estatales, ya que en sentido amplio, toda conducta incluida en el Código Penal afecta, de un modo u otro, al orden público. Por ello, sólo podrán ser consideradas como delitos contra el orden público las conductas en las que el daño causado a la conciencia social o al individuo como sujeto integrado en la comunidad política, sea inmediato o directo,

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Derecho Civil I.- Introducción al Derecho Civil. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Págs., 100-107 y 583-585. "En un breve recorrido por nuestra legislación nacional se encuentran referencias al concepto... [de orden público] en los artículos 1.3, 1255, y 12.3 del Código Civil. En el primero de los preceptos se establece el orden público como criterio restrictivo a la vigencia de la costumbre, en tanto que en el segundo se configura como límite de la autonomía de la voluntad privada. Por su parte, el artículo 12.3 lo establece como barrera a la aplicación de la ley extranjera, cuando aquella resulte contraria al orden público, consolidando así este concepto en el ámbito del Derecho internacional privado. Por otro lado, en el Derecho administrativo es ya un concepto clásico que ha permitido dar cobertura a una amplia actividad en materia de policía y derecho sancionador. Muestra de ello es la trayectoria seguida por las Leyes de orden público, que se han sucedido en nuestro Ordenamiento jurídico, en lo que Martín-Retortillo ha calificado de "proceso de trivialización". En efecto, la Ley de Orden Público pasa de ser configurada, en un principio, como una norma de vigencia excepcional, tal es el caso de la LOP de 1870, a convertirse en una ley de aplicación habitual en materia sancionatoria, como sucedió con la tan denostada LOP de 1959, cobrando tal concepto un notable protagonismo en el plano normativo. La transición entre ambas Leyes es marcada por la LOP de 1933, que junto a situaciones de carácter excepcional, da cabida a las facultades gubernativas ordinarias, comprendiendo una serie de medidas que pueden ser adoptadas por el Gobierno en cualquier momento, incluyendo por primera vez un concepto legal de orden público en su art. 1, vinculado a una situación de normalidad". TORRES FERNÁNDEZ, M^a.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español*. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2001. Págs., 31-32.

dejando aparte los casos en que dicho daño se produce de forma accidental como consecuencia de ataques a otros bienes jurídicos³⁸³.

a) Concepto formal, ideal, abstracto o en sentido amplio

En esta acepción orden público equivale al orden general de la sociedad; esto es, el conjunto de principios jurídicos (públicos y privados), políticos, económicos, morales, e incluso religiosos, cuyo respeto es necesario para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada³⁸⁴.

³⁸³ Vid., RODRÍGUEZ DE VESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial... Op. cit.*, Págs., 825-826; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M.: << Delitos contra el orden público >> en *Delitos contra el Orden Público, Terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional*. FERNÁNDEZ GARCÍA, E., GANZENMÜLLER, C., [ET AL.]. Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 1998. Págs., 13-14. "El orden público afecta preferentemente a las exteriorizaciones colectivas de la vida de la comunidad; eso significa el adjetivo: público. El desorden en la vida del individuo o en el seno de la familia no está comprendido aquí. Ahora bien, el orden público o colectivo depende de dos factores: [1] del respeto a los órganos a través de los cuales se concreta la voluntad de la ley en un Estado de Derecho y [2] de la paz en los lugares de uso común; también, por extensión, del normal funcionamiento de los servicios públicos. La subordinación a los órganos del Estado constituye la textura de disciplina social y política, sin la que no se concibe la realización de los fines del Estado; la paz pública excluye aquella presión o intimidación que cohiben el ejercicio de los derechos individuales. El desprecio de las estructuras personales encargadas de desarrollar los programas estatales genera un desorden peculiar, que se enuncia con palabras como caos, situación caótica, anarquía; las expresiones violentas que perturban la paz pública engendran en los ánimos, incluso de quienes viven alejados de los focos de la agitación, el temor, y pueden llegar a recluir en sus moradas gran parte de la población, coartando así el ejercicio de los derechos, muchos o pocos, cuya garantía asume el Estado. De lo expuesto se desprende que el orden público es bifronte: es un bien jurídico de una sociedad evolucionada y, en cuanto condiciona el normal funcionamiento de las instituciones políticas, es un interés estatal". RODRÍGUEZ DE VESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial... Op. cit.*, Págs., 825-826. "La implantación del Estado Social y Democrático de Derecho y con él la existencia de la norma constitucional como marco del ordenamiento afectan muy directamente a estos delitos, pues tradicionalmente el bien jurídico protegido por los mismos se venía identificando con el "principio de autoridad", el cual en un sistema totalitario goza de un significado, una omnipotencia y un protagonismo radicalmente distinto al que pueda tener bajo un sistema constitucional, en el que el concepto de autoridad ya no debe identificarse con poder sino más bien con servicio social. En consecuencia, ahora las autoridades están sujetas a la Constitución y a la forma de Estado de Derecho, de tal forma que su comportamiento no será protegido *per se* sino que, para comprobar si es digno de tutela penal, éste deberá cuestionarse en términos de legitimidad. Es decir, será necesario detener el estudio en aspectos y circunstancias relativas al sujeto pasivo del delito". LORENTE VELASCO, S.Mª.: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia... Op. cit.*, Págs., 25-26.

³⁸⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, Mª.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2006. Pág., 19. Definición que viene formulada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS, Sala 1ª, S 11-4-2003, nº 381/2003, rec. 2684/1997, Pte: Gullón Ballesteros, Antonio (EDJ 2003/6562): "En su sentencia de 5 de abril de 1966 dijo que el orden público nacional "está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada". La sentencia de 31 de diciembre de 1979 reitera esta definición". En los mismos términos: STS, Sala 1ª, S 30-5-2007, nº 596/2007, rec. 2452/2000, Pte: Corbal Fernández, Jesús (EDJ 2007/70090); STS, Sala 1ª, S 31-12-1979, nº 451/1979, Pte: Castro García, Jaime de (EDJ 1979/990). "El orden público formal, o en sentido amplio..., es un concepto elaborado doctrinal y jurisprudencialmente y hace referencia al orden general

de la sociedad. Este sentido es el que tiene la referencia al orden público como límite a la voluntad de los particulares en los artículos 6 ó 1255 del Código Civil, como límite a la aplicación de normas extranjeras en el artículo 12, o para la concesión de nacionalidad en el artículo 20 del mismo código. Así entendido, el orden público es una cláusula de cierre del ordenamiento, un criterio interpretativo puesto en manos de los jueces para resolver en último caso". IZU BELLOSO, M.J.: << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >>... *Op. cit.*, Pág., 234. Esta concepción implica, pues, "el respeto a las instituciones vigentes, a un sentimiento difuso en gran parte de la población". LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público*... *Op. cit.*, Pág., 18. "Una concepción amplia del orden público puede abarcar, sin embargo, prácticamente todos los delitos tipificados en el Código penal, además de otros muchos actos no delictivos, con lo que su valor sistemático es casi nulo. Junto a esta concepción amplia, rayana en la indeterminación, del orden público, existe otra más restringida". MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 805. "Se ha aludido también a una noción de orden público en sentido formal, indudablemente más amplia que la... [acepción material], que nos remite a lo que podría entenderse como un cierto orden general de la sociedad que se cifra en el respecto a sus instituciones, a los usos y costumbres, y a los valores generalmente aceptados, y que en algún sentido opera como una auténtica cláusula de cierre del ordenamiento en materia de ejercicio de los derechos y libertades jurídicamente reconocidos... Por su parte, el orden público formal apela a un concepto que, en teoría, puede a su vez ser entendido, en primer lugar, en un sentido metajurídico, como la expresión no necesariamente positivada del conjunto de concepciones éticas y valores morales predominantes en una sociedad y en una época determinadas; esta idea de orden público representaría, así, aquellos valores éticos y sociales que, aun no teniendo un reflejo específico en una norma jurídica determinada, se consideran indispensables para el normal desenvolvimiento de la convivencia ciudadana a la luz de las costumbres, tradiciones, valores y convicciones más arraigados en una concreta sociedad y característicos, por tanto, de su particular idiosincrasia colectiva. Esta concepción metajurídica del orden público formal, trasunto de la defensa y preservación de una serie de fines, valores e intereses sociales de difusa definición y de muy difícil determinación apriorística (la unidad espiritual, nacional, política y social de España, o la alteración de la paz pública y la convivencia social, por citar dos de los ejemplos que nos brinda la Ley de Orden Público de 1959, o el bien común de la nación, al que se referían en este caso las leyes fundamentales del régimen), es la que estuvo vigente en nuestro más reciente Derecho histórico. Antonomasia de dicha concepción es la proclamación jurisprudencial de que "el orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada" (STS de 5 de abril de 1966). Ello dio lugar, durante el periodo franquista, a la existencia de una cláusula general limitadora en materia de policía administrativa que, en la práctica, permitió legitimar toda suerte de actuaciones de intervención y control gubernativos en el ámbito de las libertades individuales y, como se ha puesto de relieve, pudo ser interpretada y aplicada de manera sencillamente arbitraria y desproporcionada, propiciando un ejercicio autoritario y exorbitante de la potestad sancionadora tendente a salvaguardar el orden público así concebido. En segundo término, el orden público formal puede ser también conceptuado, desde una óptica radicalmente opuesta, en un sentido estrictamente jurídico alusivo, fundamentalmente, al conjunto de mandatos, prohibiciones y sanciones contempladas por la legislación vigente como normas de *ius cogens*, como disposiciones imperativas con las que de manera específica se imponen límites concretos y claramente tipificados al libre ejercicio de las libertades, entre las que ocupa una posición preeminente el conjunto de la legislación criminal. Así concebido, el orden público formal se identificaría, básicamente, con el mismo orden jurídico-positivo o, tal vez más propiamente, con una parte del mismo como es aquella en la que nuclearmente se condensan los valores básicos del sistema jurídico, en nuestro caso, por tanto, aquellos valores y principios basales que conforman el sustrato axiológico del Estado constitucional y, especialmente, los que dan forma jurídica al sistema de derechos fundamentales y libertades públicas. De ahí que, actualmente, este concepto de orden público en sentido formal se haga a menudo coincidir con la idea del llamado orden público de los derechos fundamentales (se ha hablado también, desde una similar perspectiva, del orden público constitucional), y lo cierto es que, en efecto, las disposiciones sancionadoras que imponen límites al libre desenvolvimiento de la conducta individual sólo encuentran un fundamento legítimo, en el marco del ordenamiento constitucional, en la tutela de los derechos y libertades de los demás y en la preservación de los restantes principios y valores constitucionales. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a raíz de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, centrándose ahora, primordialmente, en el respeto inexcusable a los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos (cfr. STC 43/1986, FJ 4.º), y por esta misma razón el juez de la Constitución ha proclamado

b) Concepto material, concreto, restringido, o en sentido estricto

Según esta otra acepción el orden público se identificaría con la situación de orden exterior o tranquilidad en una comunidad. En palabras de MUÑOZ CONDE: “la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”³⁸⁵.

que el respeto a los derechos fundamentales constituye un componente esencial del orden público (cfr. STC 19/1985, FJ 1.º)”. POLO SABAU, J.R.: << Libertad de creencias y Orden Público en la Constitución española: Claves de interpretación >> en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*. Vol. 15. Núm. 2. Año 2012. Págs., 215-217. “Concepto de “orden público”, como bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal, es un concepto jurídico indeterminado y que es objeto de transformaciones constantes en cuanto a su interpretación (seguridad ciudadana...): podrá éste considerarse de un modo amplio, lato, extenso, que comprendería todos los principios esenciales del ordenamiento jurídico abarcando prácticamente todos los delitos tipificados en el Código Penal, pues todo provoca una alteración de la paz colectiva y la convivencia social”. CASARES VILLANUEVA, Mª.L.: << Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad >> en *Revista del Poder Judicial*. Nº 40. Octubre-Diciembre 1995. CGPJ. Pág., 149. “Fiandaca y Musco, para quienes el orden público ideal es el complejo de principios e instituciones fundamentales de cuya inmutabilidad y continuidad depende la supervivencia del ordenamiento. Concebido así, el orden público ideal es sinónimo de orden legal constituido... Continuando en esa dirección, De Vero define el orden público ideal como conjunto de valores immanentes al sistema jurídico... Con un planteamiento más parecido Moccia define el orden público ideal en términos normativos, siguiendo las definiciones de otros autores, como complejo de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico, con un cierto valor negativo, en el sentido de que dichos principios son inderogables o están sustraídos al debate o cuya modificación sólo es posible siguiendo el cauce de una reforma constitucional, y termina ofreciendo su propia idea de orden público como complejo de principios sobre los que se funda la convivencia civil”. TORRES FERNÁNDEZ, Mª.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español... Op. cit.*, Pág., 35. “Suele existir un concepto lato de orden público referido a los principios esenciales del ordenamiento jurídico, que como sistema de normas comprende todo el conjunto de tal ordenamiento (y así se dice que la monogamia es materia de orden público)”. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60... Op. cit.*, Pág., 552. “Ha de procurarse evitar, en la medida de lo posible, dar al orden público una acepción... lata... porque entonces todo el Derecho penal es materia de orden público”. RODRÍGUEZ DEVEZA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial... Op. cit.*, Pág., 826.

³⁸⁵ Vid., *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 805. DÍAZ, Mª.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal... Op. cit.*, Pág., 19. “El orden público material o en sentido restringido... consiste en una situación de orden exterior o tranquilidad en una comunidad; es decir, el mero orden en la calle, con ausencia de agresiones violentas, motines, revueltas, etc.”. IZU BELLOSO, M.J.: << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >>... *Op. cit.*, Pág., 234. “Hay orden público cuando se da una situación de normalidad, de calma, y hay desorden público cuando desaparece esa tranquilidad como consecuencia de agresiones, enfrentamientos, motines, etc.” IZU BELLOSO, M.J.: << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >>... *Op. cit.*, Pág., 236. “Es el simple orden material u orden externo de la calle, la tranquilidad exterior. Con este concepto restringido, el orden público es encomendado principalmente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En la Constitución aparece como límite a los derechos fundamentales de libertad ideológica y religiosa y al derecho de reunión y manifestación en lugares públicos. El concepto de orden público, así entendido, forma parte del concepto más amplio de seguridad pública o ciudadana, ya que no puede existir ésta en una situación de desorden”. IZU BELLOSO, M.J.: << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >>... *Op. cit.*, Págs., 250-251. “Consiste en una situación de orden exterior o tranquilidad en una comunidad; es decir, el mero orden de la calle, con ausencia de agresiones violentas, motines, revueltas, etc. La doctrina es unánime en el sentido de que, como lo han expresado Demichel y Piquemal, “en una democracia sólo deben tenerse en cuenta en principio los imperativos del orden

Nada impide que ambas perspectivas del orden público puedan coincidir. Ambos conceptos, lejos de ser opuestos, se convierten en complementarios, pues el mantenimiento del orden público material, la tranquilidad pública, no podrá sobrepasar la barrera del respeto que merecen los derechos fundamentales integrados en el ámbito

público material, que puede definirse como la ausencia de agresión física procedente de los hombres o de los elementos naturales””. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público...* *Op. cit.*, Pág., 18. “Se habla del denominado orden público material o externo, que respondería en esencia a la idea de un estado de paz y tranquilidad en las calles, ausente de disturbios, altercados o desórdenes que pudieran poner en riesgo la integridad de personas o bienes, o el normal desenvolvimiento de la convivencia ciudadana... El concepto de orden público material o externo, notablemente menos problemático, es en cualquier caso un concepto netamente jurídico; la vulneración del límite del orden público material en el Estado constitucional sólo se produce cuando se realizan conductas de algún modo perturbadoras de la paz y la tranquilidad ciudadanas pero que se encuentran tipificadas en la legislación vigente y constituyen delitos, faltas o, en su caso, infracciones administrativas. Ello implica, como se ha hecho notar, que en el Estado de Derecho el orden público material sólo puede ser concebido como un orden público normativizado o previamente legalizado, cuyo respeto se ha de medir, precisamente, por la ausencia de conductas que vulneren una particular disposición normativa, de manera que, como igualmente se ha señalado, la aplicación *ad casum* de la cláusula de orden público conlleva necesariamente un examen sobre la eventual infracción de las normas jurídicas y especialmente de las normas penales”. POLO SABAU, J.R.: << Libertad de creencias y Orden Público en la Constitución española: Claves de interpretación >>... *Op. cit.*, Pág., 215. “Y también podrá, por el contrario, interpretarse en un sentido más restrictivo, referido al desenvolvimiento diario de la vida social, al sentido del orden, de la tranquilidad y de la seguridad, a las condiciones en las que se desenvuelve el libre y pacífico ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos”. CASARES VILLANUEVA, M^a.L.: << Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad >>... *Op. cit.*, Pág., 149. “Fiandaca y Musco, para quienes... el orden público material es una convivencia inmune de violencia. En este sentido el orden público posee un contenido empírico, en tanto que refleja un estado de hecho... De Vero... [entiende] el orden público material... como una situación de pacífica convivencia social, resultante de dos componentes: objetivo, de orden exterior, y subjetivo, de sentimiento colectivo de seguridad... [Para] Moccia... orden público material... sería la tranquilidad o seguridad, concebida como un estado de ausencia de violencia pública”. TORRES FERNÁNDEZ, M^a.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español...* *Op. cit.*, Págs., 35-36. “Intentamos ofrecer un concepto de orden público material, que siendo idóneo para complimentar las funciones asignadas a un bien jurídico de esta naturaleza en un Estado de Derecho, resulte a la vez compatible con el sistema de valores constitucionales: nos referimos al interés general en alcanzar el *estado de normalidad necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos*. En dicho concepto debe destacar el carácter material de las alteraciones al mismo que sean penalmente relevantes, es decir, entendidas como situaciones acompañadas de violencia que ponen en peligro la seguridad de personas y cosas, quedando de esta forma conectadas a la noción de orden público que asume la propia CE, como límite de derechos y libertades, en concreto de las libertades de reunión y manifestación (art. 21 CE), así como de la libertad de culto (art. 16 CE). Tal y como acabamos de definir el presente bien jurídico, caracterizado por las notas de instrumentalidad o funcionalidad a los efectos de asegurar el ejercicio de los citados derechos, debe añadirse que se trata de un interés de naturaleza colectiva, ya que pertenece a todos los ciudadanos por igual en cuanto titulares de tales derechos y libertades, extendiéndose finalmente a la sociedad misma”. CARMONA SALGADO, C.: << Lección 58.- Delitos contra el orden público (III). Los delitos de desórdenes públicos >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.). Ed. Dykinson, S.L., 2^a edición revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid, 2005. Pág., 1119. “Un concepto... más restrictivo, que Antolisei define como “la buena forma y el regular desenvolvimiento de la vida social”. Viene a ser la armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho, y en este sentido es sinónimo de paz pública o, como dice Hauriou, “el estado de paz, opuesto al estado de trastorno”. La cara subjetiva de esa situación de trastorno o desorden desde el punto de vista de los ciudadanos es, señala Antolisei, *el sentido de la tranquilidad y de la seguridad*”. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60...* *Op. cit.*, Pág., 552.

más amplio del orden público ideal. Es como si el mismo criterio de orden público ideal se constituyese en un límite a la tutela de la tranquilidad pública, cuando ésta pueda suponer la puesta en peligro de derechos fundamentales³⁸⁶.

³⁸⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M^a.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español...* *Op. cit.*, Pág., 37. “Así por ejemplo, una agresión violenta en la calle atentaría contra las dos clases [de orden público]. En cambio, una simple alteración de los principios esenciales del derecho (orden público formal) puede no afectar la tranquilidad exterior como manifestación del orden público material”. JIMÉNEZ DÍAZ, M^a.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal...* *Op. cit.*, Pág., 19. “Ambos órdenes públicos pueden ser coincidentes en ocasiones (una agresión violenta en la calle atenta contra el orden público material y contra el orden público formal), pero no siempre (los principios esenciales del ordenamiento pueden ser violados de forma que no se altere lo más mínimo la tranquilidad exterior)”. IZU BELLOSO, M.J.: << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >>... *Op. cit.*, Pág., 238. “Ambas nociones, formal y material, no resultan ser, a la postre, incompatibles entre sí y más bien coexisten en el seno de nuestro sistema constitucional. Ambas encuentran su único fundamento legítimo en la tutela de los valores y principios constitucionales, medularmente en los que conforman el régimen de los derechos fundamentales, y las dos nociones se hallan también vinculadas por su carácter estrictamente jurídico en el Estado de Derecho, pues el respeto al orden público material se mide por la ausencia de conductas que constituyan delito, falta o infracción administrativa..., y otro tanto cabe decir del orden público en sentido formal, del que, en el marco del sistema garantista del Estado constitucional, queda radicalmente excluida cualquier connotación extrajurídica, y cuya aptitud para servir de límite al ejercicio de los derechos y libertades depende de su efectiva traducción en concretas normas jurídicas y se expresa, necesariamente, en facultades administrativas de intervención específicas y tasadas”. POLO SABAU, J.R.: << Libertad de creencias y Orden Público en la Constitución española: Claves de interpretación >>... *Op. cit.*, Pág., 228. “En el Estado contemporáneo, entendiendo por tal el Estado Constitucional fundado sobre el frontispicio del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (separación de poderes y garantía de derechos de los que ya son ciudadanos y no súbditos), el orden público se desliga necesariamente de las connotaciones derivadas del mantenimiento de determinada normalidad de la paz social para relacionarse directamente con la garantía de los derechos y libertades fundamentales que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos que nacen libres y son iguales ante la ley. No cabe ya sostener en el Estado Constitucional que el orden público es un título genérico de intervención de los poderes públicos pues éstos han de actuar con arreglo a la ley desde el punto y hora que el principio de legalidad es la nueva cláusula regia del Estado que se titula de Derecho. Es en este contexto en el que pasa a configurarse como un concepto jurídico indeterminado o en blanco que sigue siendo viable y hasta necesario en un contexto bien diferente y ello porque en el mismo se encierra el entendimiento sobre lo que es el “buen orden de la comunidad”, es decir, los principios, valores y criterios básicos que derivan del sentir y convicción común de la colectividad. Si la ley es lo que el legislador dice que es la ley y así figura en el Diario Oficial, el orden público no es susceptible de plasmarse por escrito... No cabe, en fin, catalogar o traducir en una relación completa y exhaustiva lo que es el orden público, más fácil, pues, de sentir que de definir pues hace referencia a los principios y valores que la sociedad entiende obligatorios en un momento determinado, lo que Bernard definía como “la conciencia jurídica media de la colectividad”... El Estado constitucional sigue aferrándose a esta noción aunque persiste en la dificultad para aprisionarla. Da vueltas a su alrededor pero sin alcanzar una delimitación precisa, si bien nos parece que podemos convenir en dos acepciones que resumen el sentido usual de orden público en el Estado constitucional: de una parte, los principios o criterios fundamentales de la convivencia social fruto de la convicción compartida y común no traducida en las normas legales de las que se convierte en complementador; de otra parte, el normal y ordinario disfrute o pacífico ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas que requiere, de producirse una indeseable perturbación, intimidación o alteración, de su restauración o reintegración al estado natural. Si desde el primer uso, el orden público se resume en los principios o valores identificadores del alma de la comunidad, para la que son irrenunciables, desde el segundo se identifica con la idea de que el respeto a la libertad no es factible si no hay imperio de la ley y garantía de la pacífica convivencia”. ARNALDO ALCUBILLA, E.: <<El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución Española de 1978 >>... *Op. cit.*, Págs., 222-223.

c) Orden público y Constitución

No existe una cláusula general de orden público en la Constitución. Tal concepto sólo aparece recogido en relación a derechos fundamentales y libertades públicas en dos preceptos. Uno al someter las manifestaciones de la libertad ideológica y religiosa a la limitación necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (art. 16.1 CE); el otro, para posibilitar la prohibición de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones por razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes (art. 21.2 CE). El primero da cobertura a la noción amplia o formal de orden público, en tanto que el segundo lo hace con la estricta o material³⁸⁷.

Así pues, el orden público, tal y como apunta IZU BELLOSO, “ya no aparece como una clausula general habilitadora de poderes indeterminados a favor de las autoridades administrativas, sino como un límite al ejercicio de determinados derechos fundamentales”. Así las cosas, la Constitución española no hace más referencia al orden público que como limitación al ejercicio de la libertad religiosa y de culto y al derecho de reunión y manifestación. Por ello, sabemos que orden público es un *valor* que debe mantenerse en la sociedad e incluso es capaz de justificar la limitación de determinados derechos fundamentales³⁸⁸.

³⁸⁷ “Como ya tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que han de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las personas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 CE como “fundamento del orden político y de la paz social”. Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que, tanto las normas que regulan el derecho fundamental, como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre él mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos. De ello resulta, no sólo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen, sino también la necesidad ya proclamada por el TC de interpretar la Ley en la forma más favorable a la maximalización de su contenido (*vid.*, v. gr., STC Pleno 66/1985, de 23 de mayo, BOE núm. 134, de 5 de junio de 1985, fundamento jurídico 1º, 2º, entre otros)”. LORCA NAVARRETE, J.F., Y LORCA MARTÍN DE VILLODRES, Mª.I.: *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia*. Ed. Pirámide, 4ª edición. Madrid, 2010. Págs., 235-236.

³⁸⁸ IZU BELLOSO, M.J.: << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >>... *Op. cit.*, Pág., 243; LORENTE VELASCO, S.Mª.: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*... *Op. cit.*, Pág., 32; JIMÉNEZ DÍAZ, Mª.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal*... *Op. cit.*, Pág., 19; LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad*

Muchos de los problemas e incógnitas que plantea la utilización de la noción de orden público desaparecen si se interpreta a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Constitución, en el que los derechos fundamentales (derechos inviolables) y el respeto a la ley y a los derechos de los demás aparecen como fundamento del orden político y de la paz social. Lo que es tanto como decir que justamente el contenido del orden público, en su acepción más amplia, en su estructura más completa, se concreta en el respeto de los derechos fundamentales, de las leyes y de los derechos de los demás.

Desde este enfoque el orden público en sentido amplio vendría a equipararse con el orden impuesto por la Constitución y desarrollado congruentemente por la Ley; y, en sentido estricto se identifica con la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales³⁸⁹.

Ciudadana y Orden Público... Op. cit., Pág., 19. Dispone la Constitución española en su artículo 16.- “1.- Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Y en el artículo 21.- “2.- En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”. “Derecho de reunión..., se trata de un derecho fundamental cuya cláusula limitadora en el art. 21.2 de la Constitución es unánimemente concebida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como el paradigma de la noción del orden público material o externo”. POLO SABAU, J.R.: << Libertad de creencias y Orden Público en la Constitución española: Claves de interpretación >>... *Op. cit.*, Pág., 216. “La Constitución no alude al orden público como función del poder ejecutivo (como era habitual en las Constituciones decimonónicas e incluso en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Estado), ni como misión de los Cuerpos de Policía”. IZU BELLOSO, M.J.: << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >>... *Op. cit.*, Pág., 243. “El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es un derecho subjetivo de ejercicio colectivo que incide en el derecho y los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos, posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, valores preeminentes cuya garantía y salvaguardia corresponden al poder público, lo que justifica la existencia de un deber de comunicar con antelación razonable, como requisito indispensable de las reuniones y eventualmente la facultad de prohibirlas, si concurren las circunstancias que constitucionalmente así lo determinan”. LORCA NAVARRETE, J.F., Y LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M^a.I.: *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia... Op. cit.*, Pág., 243.

³⁸⁹ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. Pág., 444; LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público... Op. cit.*, Pág., 19. “En modo alguno puede resultar aceptable que los valores ético-sociales deban ser vinculantes para todos porque así lo haya reconocido una hipotética mayoría de la población. No existe otra vía para convertir a dichos valores en normas vinculantes que la vía legislativa parlamentaria. Y es que la apelación a “la gran mayoría de la población” convierte necesariamente al orden público en un concepto estimativo..., de difícil aceptación desde la óptica del principio de legalidad; una prerrogativa de estimación de las autoridades policiales, sin base legal alguna, no tiene cabida en el Estado de Derecho de nuestros días... El calificativo de “público” no puede referirse a que el orden se deduzca de los principios de la mayoría de la comunidad sino más bien a que se ha inducido de esa generalidad para constituir el supuesto de hecho de una norma vinculante y

efectiva para esa misma comunidad". DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades...* Op. cit., Pág., 445. "Debiendo entenderse [el orden público] como orden de convivencia ciudadana, delimitado por la exigencia jurídica de respeto de las libertades públicas y de los derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho... En un Estado democrático de derecho, el orden público no ha de contener un contenido imperativista y supresor de libertades y derechos, sino todo lo contrario, es decir, debe ser garantía de éstos". DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *Las faltas contra los intereses generales y contra el orden público en el Código Penal español*. Ed. Civitas, 1ª edición. Navarra, 2009. Págs., 134-135. "Según la Real Academia Española de la Lengua, orden significa, "colocación de las cosas en el lugar que les corresponde". Y sumada al término público se define como "situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta". En tal sentido, se puede entender como "orden constitucional", el estado de legalidad y de libertad de los derechos personales, sociales y políticos que se consagra en la Constitución de un Estado, que se fundamenta en un Estado Democrático de Derecho, lo cual implica también la supeditación a la autoridad y poderes públicos". FERNÁNDEZ REQUENA, J.: *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad. Análisis del artículo 577 CP*. Ed Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. Pág., 59. "Incorporar de una forma u otra la tutela de los derechos fundamentales al concepto de orden público, haciéndolo compatible con regímenes políticos democráticos, que adoptan la forma de Estado de Derecho y lo alejan de concepciones autoritarias..., [abren] el camino para delimitar el orden público como bien jurídico del Derecho penal en un Estado democrático". TORRES FERNÁNDEZ, Mª.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español...* Op. cit., Págs., 38-39. "Sólo un concepto de orden público en sentido estricto o material puede ser objeto de tutela penal y cumplir los fines que se le atribuyen a ese elemento en la teoría del delito, y es por ello por lo que el orden público ideal, a lo sumo, puede desempeñar un papel de *ratio* de tutela del entero sistema penal en su conjunto... El concepto de orden público que se configura en la Constitución es un concepto material de orden público, que lejos de permanecer al margen de los derechos fundamentales, los incorpora en su contenido... En esas coordenadas, el orden público puede quedar definido como la situación o estado de normalidad para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales". TORRES FERNÁNDEZ, Mª.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español...* Op. cit., Págs., 50-51. "Con relación al orden público, aun cuando el TC reconoce que no ha entrado en la elaboración de un "examen pormenorizado" sobre este concepto, afirma que "el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público" (STC 19/1985) y que "tras la Constitución, la cláusula de orden público no puede encerrar otro interés que garantizar el orden público de las libertades" (STC 5/1987), es decir, que el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede ejercitar pacífica y libremente sus derechos y libertades". FREIXES SANJUÁN, T., Y REMOTTI CARBONELL, J.C.: << La configuración constitucional de la seguridad ciudadana >> en *Revista de Estudios Políticos. (Nueva Época)*. Nº 87. Enero-Marzo, 1995. Pág., 144. Ambos conceptos de orden público se recogen en la STC, Sala 2ª, S 8-5-1995, nº 66/1995, BOE 140/1995, de 13 de junio de 1995, rec. 1693/1992, Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles (EDJ 1995/2054): "...esta noción de orden público con peligro para personas o bienes debe analizarse en el contexto del precepto constitucional del que forma parte [art. 21.2 CE], es decir, como límite del derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público. Desde esta perspectiva..., basta con señalar lo siguiente: primero, que, interpretado ese concepto de orden público con peligro para personas y bienes a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución, debe entenderse que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político... En segundo lugar..., las concentraciones tan sólo pueden prohibirse, en aplicación del límite previsto en el art. 21,2 CE, cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiéndose por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados. Estos son los dos elementos que configuran el concepto de orden público con peligro para personas y bienes consagrado en este precepto constitucional. Ciertamente, el normal funcionamiento de la vida colectiva, las pautas que ordenan el habitual discurrir de la convivencia social, puede verse alterado por múltiples factores, que a su vez pueden afectar a cuestiones o bienes tan diversos como la tranquilidad, la paz, la seguridad de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos o el normal funcionamiento de los servicios esenciales para el desarrollo de la vida ciudadana; sin embargo, sólo podrá entenderse afectado el orden público al que se refiere el mentado precepto constitucional cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro la integridad de personas o de bienes. Con todo, debe precisarse que ese peligro no es sinónimo de

*D) Distinción de figuras afines: seguridad pública y seguridad ciudadana.
Nuevos modelos de seguridad ciudadana*

La Constitución española recoge, sin definir, los términos orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana. Como ya hemos expuesto anteriormente, se alude en los artículos 16.1 y 21.2 al *orden público* como límite al ejercicio de los derechos fundamentales. El artículo 104.1 de la Carta Magna contempla el término *seguridad ciudadana* en relación a las funciones que se encomiendan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las cuales bajo la dependencia del Gobierno, tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos fundamentales y la seguridad ciudadana; y como competencia exclusiva del Estado se enumera en el artículo 149.1.29ª la materia de *seguridad pública*.

Ante el silencio que mantiene tanto la Norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico como el que mantenían las leyes orgánicas de desarrollo de la seguridad ciudadana (LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana - modificada, entre otras, por Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio-, y actualmente derogada por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana) y seguridad pública (LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de

utilización de la violencia sobre personas o cosas por parte de quienes participan en las concentraciones. Las reuniones no pacíficas (y así deben considerarse cabalmente a aquellas en las que los participantes llevan a cabo actos violentos) ya resultan excluidas del derecho de reunión por el primer párrafo de este precepto. El pfo. 2º del art. 21 CE no delimita el contenido del derecho de reunión, sino que establece un límite a su ejercicio y otorga a los poderes públicos una facultad que, como veremos, éstos deben ejercer proporcionadamente, de modo que, por ejemplo, antes de prohibir una concentración por esta causa, deben proponer las modificaciones que permitan el ejercicio del derecho. Si la cláusula "con peligro para personas o bienes" fuese sinónimo de reunión no pacífica no cabría otra alternativa que su prohibición, puesto que se trataría de una acción ajena o no integrada en el referido derecho. Así, pues, si se da, como debe darse, un contenido propio y específico al límite del derecho de reunión consagrado en el art. 21,2 CE y a la facultad por él atribuida a los poderes públicos, deberá concluirse que en su ámbito se incluyen los peligros para personas o bienes derivados de las acciones violentas que puedan derivarse de la celebración pacífica de la concentración, ya sea porque la misma cree situaciones que provoquen directamente esos peligros, ya porque imposibilite la realización de actividades tendentes a evitar o a paliar los citados peligros". En idénticos términos se pronuncia la STC, Sala 2ª, S 22-5-2006, nº 163/2006, BOE 148/2006, de 22 de junio de 2006, rec. 7023/2003, Pte: Gay Montalvo, Eugeni (EDJ 2006/80354). También se recoge la distinción entre orden público formal o en sentido amplio, y orden público material o en sentido estricto en la STC Pleno, S 2-10-1997, nº 161/1997, BOE 260/1997, de 30 de octubre de 1997, rec. 4198/1996, Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles (EDJ 1997/5477): "Dicho orden público se entiende en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo bien como orden jurídico, bien como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales".

Seguridad -modificada, entre otras, por Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, y Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio-) hemos de acudir a las resoluciones del Tribunal Constitucional en tanto que “intérprete supremo de la Constitución” (art. 1.1 de la LO 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional) para esclarecer el concepto de tales términos y la distinción existente entre los mismos³⁹⁰.

³⁹⁰ Artículo 104 CE.- “1.- Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”. Art. 149.1.29ª CE.- “1.- El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 29ª.- Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley orgánica”. En el Preámbulo de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se alude a la seguridad pública manifestando la imposibilidad de su definición: “1.- ... La seguridad pública constituye una competencia difícil de parcelar, toda vez que no permite delimitaciones o definiciones con el rigor y precisión admisibles en otras materias. Ello es así porque las normas ordenadoras de la seguridad pública no contemplan realidades físicas tangibles, sino eventos meramente previstos para el futuro, respecto a los cuales se ignora el momento, el lugar, la importancia y, en general, las circunstancias y condiciones de aparición”. En su articulado (art. 1; art. 5.2.d; art. 11.1.e; art. 11.1.h; art. 14.1) se alude tanto a la seguridad pública como a la ciudadana sin definir las. Así dispone: Artículo 1.- “1.- La Seguridad pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación. 2.- Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta ley. 3.- Las Corporaciones locales participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos establecidos en la ley reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta ley. 4.- El mantenimiento de la seguridad pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. Art. 5.- “Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: ... 2.- Relaciones con la comunidad. Singularmente: ... d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior”. Art. 11.- “1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: ... e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana... h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia”. Art. 14.- “1.-El Ministerio del Interior dispondrá todo lo concerniente a servicios de la Guardia Civil relacionados con la seguridad ciudadana y demás competencias atribuidas por esta ley, así como a sus retribuciones, destinos, acuartelamientos y material”. La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que deroga expresamente la Ley de Orden Público en lo que quedase vigente, tampoco define en su Exposición de Motivos los términos de referencia pese a aludir a ellos: “La protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática. La Constitución, por otra parte, establece una atribución genérica de competencia al Estado en materia de seguridad pública (art. 149.1 29ª) y, específicamente, atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, la tarea de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana (art. 104.1), afectando en su regulación al ejercicio de algunos derechos fundamentales, como el derecho a la libertad, a la libre circulación por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España o al derecho de reunión. Desde la promulgación de la Constitución, en un proceso ininterrumpido, las Cortes Generales han tratado de mantener un positivo equilibrio entre la libertad y seguridad, habilitando a las autoridades correspondientes para el cumplimiento de sus deberes constitucionales en materia de seguridad, mediante la aprobación de leyes orgánicas generales como la de 1 junio 1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio; la de 1 julio 1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, o la de 13 marzo 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Asimismo, se han aprobado leyes especiales, como la de 15 julio 1983, reguladora del Derecho de Reunión; la de 21 enero 1985, sobre Protección Civil, o la de 25 julio 1989, de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; incluyéndose,

asimismo, medidas de prevención de la violencia en los espectáculos deportivos mediante la Ley 10/1990 de 15 octubre, del Deporte, que dedica a la materia su Tít. IX. Para completar, sin embargo, las facultades o potestades de las autoridades actualizadas y adecuadas a la Constitución, y con la finalidad de proteger la *seguridad ciudadana*, se considera necesario establecer el ámbito de responsabilidad de las autoridades administrativas en materias como la fabricación, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos; concentraciones públicas en espectáculos; documentación personal de nacionales y extranjeros en España; así como regular ciertas actividades de especial interés y responsabilidad para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La consideración de fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana determina, a su vez, la necesidad de un tratamiento adecuado a la naturaleza de dichos fenómenos y adaptado a las exigencias constitucionales. Con todo ello, viene a completarse la derogación formal de la Ley de Orden Público, tan emblemática del régimen político anterior y que ha caído prácticamente en desuso, con independencia de que en varios aspectos de su articulado haya sido expresamente derogada... En el cap. III se habilita para realizar actuaciones dirigidas al mantenimiento y al restablecimiento de la *seguridad ciudadana*, particularmente en supuestos de desórdenes colectivos o de inseguridad pública graves. Quedan, así, facultadas las autoridades para el cierre de locales o establecimientos y para la evacuación de inmuebles en situaciones de emergencia o en circunstancias que lo hagan imprescindible, así como para la suspensión de los espectáculos, desalojo de locales y cierre provisional de establecimientos cuando en los mismos tuvieran lugar graves alteraciones del orden. Se prevé la limitación o restricción de la circulación o permanencia en vías o lugares públicos en supuestos de alteración *del orden o la seguridad ciudadana*. Se posibilita el establecimiento de controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, con el fin de descubrir y detener a los partícipes en un hecho delictivo y de aprehender los instrumentos, efectos o pruebas del mismo. Se regulan las condiciones en que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que ello fuese necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que les corresponden, podrán requerir la identificación de las personas. Si no pudieran identificarse por cualquier medio, podrán ser instadas a acudir a una dependencia policial próxima a los solos efectos de la identificación. No se altera, pues, el régimen vigente del instituto de la detención, que sólo podrá seguir produciéndose cuando se trate de un sospechoso de haber cometido un delito y no por la imposibilidad de identificación. Lo que se prevén son supuestos de resistencia o negativa infundada a la identificación, que tendrían las consecuencias que para tales infracciones derivan del Código Penal vigente...". En su articulado (por todos, art. 1.1; art. 3.1; art. 5.3) tampoco encontramos definición alguna. Art. 1.- "*1. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 149.1. 29ª y 104 CE corresponde al Gobierno, a través de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto, y remover los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de otros poderes públicos*". Art. 3.- "*1.- Además de las competencias reguladas en otras leyes, corresponden al Ministerio del Interior las competencias en materia de armas y explosivos; espectáculos públicos y actividades recreativas; documentación e identificación personal; y prevención, mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana, reguladas en la presente ley*". Art. 5.- "*3.- Todas las autoridades públicas y sus agentes que tuvieran conocimiento de hechos que perturbaren gravemente la seguridad ciudadana y, en consecuencia, el ejercicio de derechos constitucionales, deberán ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial o gubernativa*". "Lo primero que tenía que haber hecho la ley [(LOPSC)] es definir este concepto porque si la seguridad ciudadana es el objeto por y para cuya tutela se creó la misma, no se explica cómo puede llevar a cabo esa misión sin ni siquiera haber concretado lo que quiere proteger. De su texto, unas veces parece deducirse que se identifica con el denominado orden público material. En otras ocasiones, hace pensar que coincide con la seguridad personal. Incluso, a veces, da la impresión de que el legislador ha querido dejar la puerta abierta a un concepto lo suficientemente oscuro como para permitir a las autoridades efectuar una aplicación a la carta de la Ley". JIMÉNEZ DÍAZ, M^a.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 18-19. "Es unánimemente aceptado en la doctrina que, tras la Constitución de 1978, para definir la misión de los Cuerpos de Policía se ha abandonado el concepto de orden público, que queda sustituido ahora por el de seguridad pública o ciudadana. Como consecuencia de ello se ha abandonado la denominación de "Fuerzas del Orden Público" que se daba a los Cuerpos policiales en la época franquista por la de "Fuerzas y Cuerpos de Seguridad" que recoge el artículo 104 de la Constitución". IZU BELLOSO, M.J.: << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >>... Op. cit., Pág., 233.

a) Concepción unitaria

Para la STC 325/1994, seguridad pública, seguridad ciudadana y orden público son lo mismo. No parece muy acertada la postura del Tribunal Constitucional en esta sentencia, pues, si el constituyente y el legislador hubiesen querido significar lo mismo no hubieran empleado tres términos distintos³⁹¹.

³⁹¹ Así dispone la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1ª, S 12-12-1994, nº 325/1994, BOE 15/1995, de 18 de enero de 1995, rec. 2240/1991, Pte: Mendizábal Allende, Rafael de (EDJ 1994/9592): “Lo dicho permite pasar al enjuiciamiento del primero de los reproches que sirven de soporte a la pretensión. A tal respecto, no parece impertinente al caso hacer un alto en el camino y explicar que la Constitución utiliza la palabra “seguridad” con la misma acepción medular pero con distintos matices según el adjetivo que le sirva de pareja. Habla, por una parte, de la seguridad jurídica (art. 9 CE), uno de los principios cardinales del Derecho a la par del valor justicia. Hay otra seguridad, la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 CE), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo. Una y otra han sido perfiladas por este TC desde su STC 2/81 hasta la STC 126/87. Ésta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, *la seguridad pública* (art. 149,1-29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del “orden público”, que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. En definitiva, el normal funcionamiento de las instituciones y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales según lo definía la Ley homónima 28 julio 1933, durante la Segunda República. Tal era el sustrato, también, de la que con la misma rúbrica y finalidades había promulgado el 23 abril 1870, bajo la Constitución de 1869. En la nuestra de 1978 se encuentran otras alusiones a la seguridad ciudadana desde la perspectiva de quienes han de garantizarla, así como de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, misión privativa de las Fuerzas y Cuerpos correspondientes (art. 104 CE), sin olvidar a la policía judicial para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente (art. 126 CE) normas constitucionales que desarrolla la LO 2/86 de 13 marzo, reguladora de los servidores de esa función. No cabe confundir las tres acepciones de la seguridad que maneja la Constitución. La primera, la seguridad jurídica (art. 9,3 CE), es un principio general del ordenamiento jurídico y, por otra parte, un mandato dirigido a los poderes públicos pero sin configurar derecho alguno en favor de los ciudadanos (SSTC 122/87 y 126/87), como también ocurre con la seguridad ciudadana, cuya salvaguardia como bien jurídico de ámbito colectivo, no individual, es función del Estado y tiene su sede propia en el art. 104 anteriormente invocado (STC 196/87). Ninguna de estas dos normas permiten el acceso a la vía del amparo constitucional por no formar parte del elenco de libertades y derechos fundamentales subjetivos y por ello individuales, por su configuración sustantiva y su origen histórico en los derechos del hombre y del ciudadano. La seguridad jurídica está relacionada inevitablemente con la seguridad personal en la situación respectiva de medio a fin. Aquella es un instrumento protector de ésta y de todos los demás derechos e intereses, fundamentales o no, como una más, por importante que fuere, de las muchas que comprende. Sin embargo, tal concepto de la seguridad pública está excluido del art. 17,1 CE, donde se alberga no una función sino el bien jurídico eminentemente individual de la seguridad personal configurado como soporte de la libertad de todos y cada uno (SSTC 2/81 y 262/88 ATC 1178/88), con una tradición ya de dos siglos recogida en las Declaraciones del Hombre y del Ciudadano de 1789 y 1793 como su primera expresión legislativa, que exige la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas”. Así lo recoge también el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, al afirmar: “La Constitución Española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1.29ª). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos *como sinónimos*, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana”. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 77. Martes 31 de marzo de 2015. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Pág., 27216. En otras ocasiones el TC distingue los conceptos de orden público y seguridad pública; así en la STC, Pleno, S 5-12-1984, nº 117/1984, BOE 305/1984, de 21 de diciembre de 1984, rec. 371/1982, Pte: Begué Cantón, Gloria (EDJ 1984/117), se

b) Integración de los conceptos

La seguridad pública a diferencia de la seguridad ciudadana y orden público se concibe en la Constitución como marco competencial; sentido que lo distingue claramente del conferido a la seguridad ciudadana y orden público³⁹².

La *seguridad pública* es, en palabras del Tribunal Constitucional, STC 33/1982, una “actividad, dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades

dice: “los conceptos “seguridad pública” y “orden público”, que son nociones constitucionalmente diferenciables”.

³⁹² “Aunque no mencionado en el art. 9.3 de la CE, el principio de competencia es un principio estructural de gran trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, en el que podemos encontrar hasta tres manifestaciones del mismo, la orgánica, la territorial y la normativa. La *vertiente orgánica*, que representa la manifestación más básica del principio de competencia, puede formularse como la necesidad de que cada norma sea dictada por el órgano que posea la potestad normativa correspondiente, esto es, por el órgano “competente” para ello. En esta vertiente el principio opera entre los distintos órganos del Estado central, o bien entre los órganos de cada Comunidad Autónoma, esto es, en el interior de cada entidad territorial dotada de organización política con capacidad de creación de normas. En su *dimensión territorial* el principio de competencia opera entre distintas entidades territoriales dotadas de autonomía política y administrativa. En nuestro sistema constitucional ha adquirido una trascendencia enorme, al estructurarse el Estado español en Comunidades Autónomas territoriales con potestades normativas propias frente a las del Estado. El principio de competencia en esta vertiente territorial determina que sólo son válidas aquellas normas o actos procedentes de los órganos de un ente territorial cuando han sido dictados dentro de la competencia propia del ente territorial de que se trate. El principio territorial de competencia es el que explica la aparición de subordenamientos jurídicos, de alcance territorial limitado, dentro del ordenamiento jurídico general. Finalmente, la *vertiente normativa* supone que determinadas categorías de normas tienen un ámbito material prefijado por la propia Constitución, de tal manera que cada una de ellas sólo podrá proyectar su fuerza normativa dentro de ése ámbito material, al cual queda limitada su “competencia”. Tal es la explicación mayoritariamente seguida por la doctrina, por ejemplo, para justificar el distinto ámbito material para la ley ordinaria y la ley orgánica... Al igual que sucede con el principio de jerarquía, el respeto del principio de competencia es también condición de validez de las normas, de tal manera que su infracción determina, en principio, la misma consecuencia de invalidez y correspondiente expulsión del ordenamiento por parte de los tribunales. El principio de competencia en sus diversas vertientes explica que en un mismo nivel jerárquico (por ejemplo, el de la ley) existan diversas categorías de normas (leyes del Estado y leyes de las Comunidades Autónomas, leyes orgánicas y ordinarias, etc.) que, sin embargo, cuentan con igual rango y fuerza, cada una dentro de un ámbito material de competencia; esto es, cada una de dichas normas sólo puede regular las relaciones jurídicas que quedan dentro del ámbito material predeterminado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes atributivas de competencias”. ESPÍN, E.: << Lección 3.- El sistema de fuentes en la Constitución (I) >> en *Derecho Constitucional. Volumen I.- El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J. [ET AL.]. Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición. Valencia, 2013. Págs., 59-60. “La seguridad pública constituye sin ninguna duda uno de los pilares esenciales de la convivencia en sociedad y, por lo mismo, su garantía constituye una responsabilidad decisiva del Estado (art. 149.1.29ª CE)... En la jurisprudencia del Tribunal constitucional... pueden encontrarse con facilidad valoraciones decisivas y hasta declaraciones exactas sobre su significado constitucional y sus relaciones con otros títulos competenciales”. CASINO RUBIO, M.: << Seguridad ciudadana y orden público >>... *Op. cit.*, Págs., 110-111.

inseparables y mutuamente condicionadas... cuya competencia corresponde al Estado en virtud del art. 149.1.29ª de la Constitución”. Esa tranquilidad u orden ciudadano no es otra cosa que el *orden público material, concreto o en sentido estricto*; lo que implica que este último concepto sea más restringido que el de seguridad pública, en cuyo ámbito competencial debe englobarse³⁹³.

Así, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su Disposición final segunda establece: “Títulos competenciales. Las

³⁹³ Vid., Tribunal Constitucional Pleno, S 8-6-1982, nº 33/1982, BOE 153/1982, de 28 de junio de 1982, rec. 16/1982, Pte: Latorre Segura, Ángel (EDJ 1982/33). Con estas mismas palabras se reitera el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos. Por todos: la STC Pleno, S 5-12-1984, nº 117/1984, BOE 305/1984, de 21 de diciembre de 1984, rec. 371/1982, Pte: Begué Cantón, Gloria (EDJ 1984/117); STC Pleno, S 18-12-1984, nº 123/1984, BOE 10/1985, de 11 de enero de 1985, rec. 568/1983, Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (EDJ 1984/123); STC Pleno, S 8-6-1989, nº 104/1989, BOE 158/1989, de 4 de julio de 1989, rec. 864/1984, Pte: Gimeno Sendra, Vicente (EDJ 1989/5847); STC Sala 2ª, S 26-2-2004, nº 25/2004, BOE 74/2004, de 26 de marzo de 2004, rec. 5743/2001, Pte: Pérez Vera, Elisa (EDJ 2004/5419). Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional ha querido acotar la materia que debe formar parte de la seguridad pública y ha establecido en STC Pleno, S 6-5-1985, nº 59/1985, BOE 134/1985, de 5 de junio de 1985, rec. 334/1984, Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (EDJ 1985/59), que: “no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en el título competencial de “seguridad pública”, pues si así fuera la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública, y por ende competencia del Estado, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto, en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el art. 104 CE”. Afirma LORENTE VELASCO que “dentro de las actuaciones destinadas al mantenimiento de la seguridad pública, merecen ser destacadas (en cuanto a su especificidad) las que corresponden a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, pero que a pesar de su relevancia, las mismas no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública”. LORENTE VELASCO, S.Mª.: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia...* Op. cit., Págs., 37-38. Así, afirma el Constitucional en STC Pleno, S 30-9-1999, nº 175/1999, BOE 263/1999, de 3 de noviembre de 1999, rec. 745/1990, Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente (EDJ 1999/27103): “la conexión de una determinada función con la materia seguridad pública..., que se daría en todos los casos de funciones policiales”. Reiterando lo ya establecido de que no toda seguridad de personas y bienes puede englobarse en el título competencial de seguridad pública, que la actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública, y que los servicios policiales no agotan el ámbito material de la seguridad pública, el Tribunal Constitucional establece en STC Pleno, S 1-6-2000, nº 148/2000, BOE 156/2000, de 30 de junio de 2000, rec. 3242/1993, Pte: Casas Baamonde, María Emilia (EDJ 2000/10329): “en nuestra doctrina hemos dejado establecido que el ámbito normativo de la materia “seguridad pública” se refiere “a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano”..., precisando asimismo que dicho ámbito puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la “policía de seguridad”, es decir, de las funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En efecto, hemos dicho que “por relevantes que sean, esas actividades policiales, en sentido estricto, o esos servicios policiales, no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública... Otros aspectos y otras funciones distintas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas... componen sin duda aquel ámbito material” (STC 104/1989, FJ 3). Y hemos aplicado este criterio en diversos supuestos. Así, en relación con la “protección civil”, que requiere para la consecución de sus fines la integración y movilización de recursos humanos muy heterogéneos y no sólo policiales (SSTC 123/1984, de 18 de diciembre y 133/1990, de 19 de julio) o acerca de determinados productos estupefacientes y psicótrópos, cuya custodia, traslado y eventualmente destrucción se incardinan en las materias “seguridad pública” y “administración de justicia” (STC 54/1990, de 28 de marzo), entre otros”.

disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.29ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública...”.

La *seguridad ciudadana*, en cambio, es aquel estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad tal que les permite ejercitar de forma libre y responsable los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente. Igualmente, además, de traducirse en un estado material que permite ese pleno ejercicio, ha de ser concebida como estado personal, como sensación personal de seguridad por parte del ciudadano³⁹⁴.

³⁹⁴ “En definitiva... el concepto [de seguridad ciudadana] tiene un doble significado: de un lado, debe ser identificado con aquella situación real que propicia las condiciones necesarias de tranquilidad y estabilidad para el ejercicio de los derechos de la persona; y de otro, ese estado de seguridad debe ser sentido por el individuo, esto es, ha de encontrarse inmerso en esa situación de seguridad, sintiendo que disfruta de una posición que le permite actuar plenamente protegido. Seguridad ciudadana es, pues, un estado material o real y, a su vez estado personal. Existirá la misma (como situación y como sensación) cuando dentro del ámbito de competencias que supone la seguridad pública, se desarrolle de forma adecuada la actividad que se dirige a la protección de personas y bienes y se logre el mantenimiento del orden público material”. JIMÉNEZ DÍAZ, Mª.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal...* Op. cit., Pág., 20. “La seguridad ciudadana queda definida ante todo como un estado, situación o condición de protección frente a situaciones de peligro o violencia, en consonancia con el significado que estos términos tienen en el lenguaje común, pues seguridad se define por la Real academia como calidad de seguro, definiéndose este adjetivo a su vez como libre y exento de todo peligro, daño o riesgo. Barcelona Llop la entiende como seguridad personal de los ciudadanos”. TORRES FERNÁNDEZ, Mª.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español...* Op. cit., Pág., 44. “La seguridad pública sería el concepto general que abarcaría al orden público (entendido en su sentido estricto de protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales) y a la seguridad ciudadana (entendida como protección de personas y bienes en los términos ya conocidos)”. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público...* Op. cit., Pág., 19 y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: << Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública >> en *Revista Vasca de Administración Pública*. N° 27. Mayo-Agosto 1990. Pág., 21. Esos términos ya conocidos son: “protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas”. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: << Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública >>... Op. cit., Pág., 20. “Cuando el artículo 104.1 [CE] define la misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, realmente está configurando como atribución de éstos la *seguridad pública*, pues en su dicción textual alude a que su misión es “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”. El empleo de la conjunción copulativa “y” entre las dos funciones que son atribuidas denota que son diferentes y que junto a lo que llama seguridad ciudadana, hay otra función que consiste en la protección del ejercicio de derechos y libertades, el cual coincide con el contenido del concepto de orden público en sentido estricto, el único que puede ser asumido en coherencia con el sistema de valores de la Constitución”. TORRES FERNÁNDEZ, Mª.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español...* Op. cit., Pág., 49. Lo más parecido a un concepto de seguridad ciudadana lo hallamos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana con ocasión de la delimitación de su objeto: Artículo 1.- Objeto.- “1.- La seguridad ciudadana es un requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las Leyes. 2.- Esta Ley tiene por objeto la regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos”. Asimismo, en el Preámbulo leemos: “La seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia

La relación entre los tres conceptos ha de partir de la idea de que la seguridad pública es una noción más amplia que las otras dos y, además se sitúa en un plano diferente. La razón radica en que la misma es una actividad, es un ámbito competencial; mientras que el orden público y la seguridad ciudadana son situaciones o estados que pretenden ser alcanzados, precisamente, a través del recto y adecuado ejercicio de la seguridad pública. Ésta debe ser concebida como medio para lograr mantener el orden público y conseguir la seguridad ciudadana. La misma relación de medio a fin se da entre estos dos últimos conceptos. El mantenimiento del orden público material es presupuesto indispensable para la consecución de un estado de seguridad ciudadana, ya que sólo cuando existe orden y tranquilidad exterior es posible alcanzar esta última como situación real y personal³⁹⁵.

jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho”.

³⁹⁵ JIMÉNEZ DÍAZ, M^a.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal...* *Op. cit.*, Págs., 14-24; LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Seguridad Ciudadana y Orden Público...* *Op. cit.*, Págs., 18-21; LORENTE VELASCO, S.M^a.: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia...* *Op. cit.*, Págs., 32-41; ARNALDO ALCUBILLA, E.: <<El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución Española de 1978 >>... *Op. cit.*, Págs., 223-227; CASINO RUBIO, M.: <<Seguridad ciudadana y orden público >>... *Op. cit.*, Págs., 111-116; TORRES FERNÁNDEZ, M^a.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español...* *Op. cit.*, Págs., 21-100; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: << Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública >>... *Op. cit.*, Págs., 7-23. “Es importante advertir que no deben ser confundidos... [orden público y seguridad ciudadana], ya que en tanto el orden público material implica orden en la calle (un estado de cosas), la seguridad ciudadana, en su vertiente real, que es la que podría dar lugar a alguna confusión, significa mucho más porque partiendo de ese orden externo requerirá, además todas aquellas condiciones que posibiliten el ejercicio de derechos. Se trata de que el ciudadano (en unas condiciones favorables que, lógicamente, van a ser propiciadas cuando exista orden público material, aunque no sólo por él) se sienta protegido y, en consecuencia, amparado cuando se disponga a ejercitar los derechos y libertades que le reconoce la Constitución. Así pues, el orden público material es un paso, un presupuesto, o lo que es lo mismo, uno de los medios necesarios para alcanzar la seguridad ciudadana como estado material y personal. (No se trata, en consecuencia, de que el orden público sea más amplio o estricto que la seguridad ciudadana, sino simplemente que aquél es necesario para que pueda alcanzarse ésta). En modo alguno deben identificarse uno y otro concepto tal y como sucedía en la época franquista. Ciertamente, durante la misma se entendía que la preservación del orden público era también la afirmación de la seguridad ciudadana. Tal identificación de conceptos era posible porque el catálogo de derechos del ciudadano y consiguiente ejercicio era muy restringido, razón por la que el plus añadido al orden público que es lo que debe caracterizar la seguridad ciudadana en un sistema democrático no era necesario. En conclusión, si bien bajo un régimen dictatorial es factible identificar orden público con seguridad ciudadana, en un modelo democrático ello no es posible por ser el primero, sencillamente, un presupuesto más (por muy importante que sea) para la consecución de la segunda, la cual sólo se hará efectiva (como estado real y como estado personal) en tanto se den otros factores añadidos al mismo que posibiliten el pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos... La seguridad ciudadana nunca debe ser utilizada para coartada para limitar el desarrollo de los derechos y libertades constitucionales. Aunque... se podrá recurrir a ella para justificar ciertas restricciones siempre que las mismas estén dirigidas, precisamente, a posibilitar el ejercicio pacífico, democrático y responsable de derechos por parte de todos los ciudadanos que integran la sociedad”. JIMÉNEZ DÍAZ, M^a.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal...* *Op. cit.*, Págs., 22-23. “De nada sirve la proclamación formal de las libertades, si su ejercicio no puede hacerse efectivo por falta de las necesarias condiciones sociales. Una sociedad

Así señala el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana: “En el marco del artículo 149.1.29ª de la Constitución [*seguridad pública*] y siguiendo las orientaciones de la doctrina constitucional, esta Ley tiene por objeto la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana [*léase orden público material*], e incluye un conjunto plural y diversificado de actuaciones, de distinta naturaleza y contenido, orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico protegido [*seguridad ciudadana*]....”.

c) Nuevos modelos de seguridad ciudadana

Sostiene el Profesor GARCÍA-PABLOS que los rasgos y características del modelo en ciernes de intervención penal de la seguridad ciudadana son:

- Protagonismo de la delincuencia convencional y correlativo trato de favor de la criminalidad de los poderosos, que conlleva un “Derecho penal de dos velocidades”.
- Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana y de miedo al delito, liderado por un modelo político-criminal de la seguridad ciudadana, de fuerte orientación antigarantista, simbólica y defensista.
- Exacerbación y sustantividad de los intereses de las víctimas: nuevo modelo, de sesgo privatizador y antigarantista, en el que la víctima expresa y representa a través de sus propios intereses los intereses generales.

presidida por la violencia, en la que se prodigan las agresiones a los derechos de los demás y en la que el ciudadano carece del sentido de la tranquilidad y la seguridad personal, patrimonial y jurídica, no puede ser una sociedad de libertades, por cuanto quiebra la confianza de los ciudadanos en que aquel ejercicio no pueda ser perturbado. En este sentido todo delito es un atentado a la libertad, en cuanto lesiona no sólo el bien jurídico concreto que la acción delictiva lesiona, sino también el sentimiento de seguridad y libertad de los demás, por el temor de su repetición y de que esa repetición le alcance a ellos. Temor que es más acusado frente a los actos violentos y repetitivos, máxime cuando son el fruto de una actitud colectiva o de grupo. De ahí la mayor trascendencia para la seguridad ciudadana de la violencia social, frente a la individual o aislada”. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: << Violencia social y seguridad ciudadana >> en *Revista del Poder Judicial. Número especial VIII. Seguridad ciudadana*. Año 1989. CGPJ. Págs. 95-96. “No puede ser identificada la seguridad ciudadana con el propio ejercicio de los derechos y libertades. La misma es, sencillamente, su presupuesto, o lo que es lo mismo, la plataforma sobre la que descansa y que posibilita su efectivo desarrollo”. JIMÉNEZ DÍAZ, Mª.J.: *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal... Op. cit.*, Pág., 23.

- Populismo y politización partidista que acelera el tiempo legiferante, elimina o restringe los elementales debates y acude a toda suerte de recursos teóricos (la urgencia del problema, la alarma social, etc.) para promulgar leyes o reformas de urgencia.
- Endurecimiento del rigor penal y revalorización del componente aflictivo del castigo que supone un endurecimiento notable del sistema de penas y su ejecución con la única finalidad de hacer más gravosa la situación del infractor.
- Confianza sin límites en los órganos estatales del *ius puniendi* y despreocupación por el sistema de garantías que controle éste. El tradicional modelo garantista de intervención penal cede frente a la opinión de que merece la pena renunciar a cautelas y prevenciones clásicas a cambio de una mayor efectividad y rendimiento del sistema legal en la respuesta de éste al crimen (paulatina generalización de vigilancia de espacios y vías públicas mediante cámaras, vídeos y otros instrumentos de control visual y auditivo...)
- Implicación directa de la sociedad en la lucha contra la delincuencia, tanto en la prevención de la misma (incremento de seguridad privada frente a una marginalización de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), como en la ejecución so pretexto de la especial eficiencia de la iniciativa privada³⁹⁶.

³⁹⁶ Vid., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* Op. cit., Págs., 726-735; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología...* Op. cit., Págs., 1129-1137. “El resultado de este tránsito argumental del Derecho penal del riesgo o del Derecho penal moderno al nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, supone... una clara involución político-criminal, una deriva hacia el autoritarismo, siendo una clara manifestación de la verdadera expansión del Derecho penal”. PÉREZ CEPEDA, A.I.: << De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. MUÑOZ CONDE, F. (DIR.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008. Pág., 195. “El llamado Derecho penal moderno se encuentra como un fenómeno cuantitativo que tiene su desarrollo en la parte especial. No hay código en los países conocidos que en los últimos años no haya aumentado el catálogo de delitos, con nuevos tipos penales, nuevas leyes especiales, y una fuerte agravación de las penas... En este siglo XXI se han dado ciertas propuestas en donde se busca la reducción de los derechos fundamentales (conquista de la filosofía Iluminista) de modo que éstos quedan reducidos a un mínimo, todo en pos de la eficiencia del poder represivo del Estado, con el fin expreso o no, de calmar a la opinión pública y su idea ancestral de venganza... El delincuente, en esta concepción, es un enemigo, carente de derechos a quien hay que hacer desaparecer a cualquier costa”. DONNA, E.: << El Derecho penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita...* Op. cit., Págs., 70-71. “Uno de los temas recurrentes en la literatura penal reciente es el del progresivo afianzamiento de un modelo basado en el triunfo de la idea de seguridad como legitimadora del endurecimiento penal y el retroceso de las garantías. El modelo contrario, caracterizado por el garantismo, su carácter mínimo, proporcionado y orientado a la resocialización siempre ha sido un modelo débil, mucho más teórico que real y siempre sometido al acoso

Sorprende que frente a las actuales tendencias político-criminales de nuestros días exista una cierta “sensibilidad social” hacia las conductas de los colectivos okupas que apuntan en otra dirección totalmente opuesta. Frente a las ideas que preconizan la derogación de este tipo penal consideramos más acertado “un modelo de reacción al delito que pondere no solo el rendimiento y efectividad del sistema sino la satisfacción razonable de las expectativas de los implicados en este problema social y comunitario: el castigo del comportamiento delictivo, la reinserción del infractor, la reparación del

de las exigencias de rigor penal que se ciernen igualmente sobre el estado de derecho en general. Pero en los últimos tiempos, la llamada ideología de la seguridad ciudadana está adquiriendo un grado de teorización y, especialmente, de aceptación social, que augura su definitiva consolidación con paralelo arrinconamiento del frágil modelo garantista y democrático”. GARCÍA ARÁN, M.: << Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita... Op. cit.*, Pág., 85. “El Derecho penal en la actualidad, ha dejado de responder a las demandas de “expansión” características de una sociedad de riesgo, en la que se hacía necesaria una ampliación de los ámbitos y modos de intervención del Derecho penal a fin de dar respuesta a los nuevos riesgos procedentes de los avances tecnológicos de una sociedad, para pasar a una “intensificación” del mismo, como respuesta a una mayor intervención del Derecho penal en los ámbitos tradicionales a través de una restricción de derechos y garantías fundamentales en pro de una “¿mayor?” seguridad, contra una delincuencia que se encuentra incorporada a los textos penales desde hace largo tiempo, y recurriendo para ello a un incremento desmesurado de las penas, a un adelantamiento de la intervención penal, a una modificación y flexibilización de las instituciones clásicas” NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita... Op. cit.*, Págs., 137-138. “Con el concepto de seguridad ciudadana, el hincapié ha estado en el ciudadano, en sus derechos y en que la seguridad esté al servicio de ellos y en definitiva del ciudadano, de la persona. En otras palabras, que el Estado procure todas las condiciones necesarias en el sistema, de modo que la persona pueda ejercer en forma libre todos sus derechos... Sin embargo, ha sucedido que el concepto de seguridad ciudadana ha perdido su amplitud y simplemente se ha identificado con el de política criminal y más restringido aún en el sentido de una política criminal respecto de lo que se podría denominar la violencia de la calle, esto es, en referencia a los delitos de homicidio, hurto y robo. En otras palabras se ha vinculado la seguridad sólo a un aspecto específico de la libertad negativa, con lo cual se ha abandonado toda la riqueza y complejidad actual del concepto de seguridad, que va unida al hecho predicado por Beck de la existencia hoy de una sociedad del riesgo... Ello ha llevado a que el Estado asuma el carácter de Estado de seguridad respecto de la violencia en cuanto catalizador social de la inseguridad general que aparece en la sociedad moderna... En efecto, el Estado de seguridad ha pretendido utilizar el sistema de Derecho penal, no desde la perspectiva que es Derecho, sino desde la visión de simple poder penal, mediante la pura coacción o la violencia... Esta forma de enfocar la seguridad ciudadana necesariamente está destinada al fracaso... porque acrecienta la arbitrariedad del sistema, de todos sus operadores y por consiguiente se aumenta la inseguridad... porque como la violencia callejera no va a desaparecer siempre será un tema recurrente y de fácil utilización para la política contingente y para el sensacionalismo de los medios de comunicación de masas, y... porque son múltiples los factores de riesgo que surgen en el complejo medio urbano de la modernidad tardía y que aparecen a través de la violencia callejera y que no son tratados en sus procesos de configuración... No es fácil por tanto la tarea del Estado de seguridad, pues, si no hace nada, provoca un grave conflicto social y un desprestigio de todas sus instituciones de control (policía, tribunales, ejecución de pena), pero si sólo reduce la seguridad ciudadana a una determinada política criminal represiva, hace abandono de la seguridad jurídica y con ello origina un nuevo factor de riesgo e inseguridad y un socavamiento de los principios fundamentales de un Estado social y democrático de Derecho”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: << Seguridad ciudadana y seguridad jurídica >> en “*Universitas Vitae*”. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero... *Op. cit.*, Págs., 94-98.

daño ocasionado a la víctima, la solución productiva del conflicto interpersonal que el delito pueda evidenciar, en su caso, y la pacificación de las relaciones sociales y mejora del clima social”³⁹⁷.

³⁹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* Op. cit., Pág., 727. “El Derecho penal moderno, preventivo, evoluciona hacia un Derecho de defensa contra peligros. Esta tendencia es estable, responde a una desorientación normativa, al temor al delito y a necesidades de control de una sociedad de riesgo. Ahora se trata de tomar en serio esa tendencia y reflexionar sobre un Derecho penal de seguridad conforme a un Estado de Derecho. Ese Derecho debe preservar las tradiciones fundamentales del Derecho penal: la referencia a la persona, la proporción de la respuesta al ilícito y a la culpabilidad, los fines de protección y cuidado. Sólo dentro de ese marco puede haber seguridad por intermedio del Derecho penal”. HASSEMER, W.: << Seguridad por intermedio del Derecho penal >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita...* Op. cit., Págs., 63-64. Izquierda Unida y otros partidos políticos de ámbito autonómico han intentado modificar el “proceso represivo contra la okupación”, del cual inicialmente participaron con la aprobación del Código Penal de 1995, mediante la presentación de proposiciones de ley instando la despenalización de la okupación. Dichos intentos han sido rechazados por el Parlamento español, aunque contaron con el apoyo de BNG, PNV, EA y ERC. Vid., ASENS LLODRÁ, J.: << La represión al “movimiento de las okupaciones”: Del aparato policial a los mass media >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Págs., 298-299; GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >> en *Creadores de Democracia radical. Movimientos sociales y redes de políticas públicas*. IBARRA, P., MARTÍ, S., Y GOMÁ, R. (COORDS.). Ed. Icaria, 1ª edición. Barcelona, 2002. Págs., 206-207. “En el sistema judicial, el delito de usurpación se acerca a lo que algunos juristas consideran una despenalización de facto. Esto no quiere decir que no existan condenas por este hecho, pero son las menos”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... Op. cit., Pág., 205. Diversos operadores jurídicos se han movilizado activamente en contra de la penalización, elaborando un “discurso antirrepresivo” del movimiento ante la opinión pública. Cabe destacar el Informe denominado “Análisis socio-jurídico sobre la necesidad de derogar el artículo 245.2 del Código Penal”, elaborado por la Comisión de Defensa de los Derechos de las Personas del Colegio de Abogados de Barcelona en febrero de 1998. En términos similares se han manifestado algunas asociaciones de abogados como ALA (Asociación Libre de Abogados) en Madrid, o ACDDH (Asociación Catalana Para la Defensa de los Derechos Humanos) en Barcelona. Jueces para la Democracia acordó solicitar al Parlamento Español, a través de su Presidente, la inmediata derogación del artículo 245.2 del Código Penal, Vid., JUECES PARA LA DEMOCRACIA.: *Acerca de la criminalización de los llamados “Okupas”. Resolución del Congreso de Jueces para la Democracia en Santander, días 7, 8 y 9 de Noviembre*. <http://juecesdemocracia.es/congresos/xicongresos/>. Este apoyo al colectivo lo encontramos también en el Defensor del Pueblo que ha llegado a aceptar un papel mediador entre los okupas y las instituciones, manifestando: “sí podemos intentar acercar la postura de los okupas y la del Ministerio [de Economía y Hacienda] para buscar soluciones intermedias, como podría ser, y es sólo una suposición, una cesión temporal de otro inmueble vacío o un retraso del desalojo”. AGUIRRE, B.: << El Defensor del Pueblo acepta mediar entre los 'okupas' de Lavapiés y las instituciones >> en *El País*, 25 de octubre de 1997. http://elpais.com/diario/1997/10/25/madrid/877778663_850215.html. Hasta el Gobierno español se ha mostrado benevolente con el colectivo okupa pues ha llegado a conceder el indulto por Real Decreto 2462/2000, de 1 de diciembre de 2000 al okupa L.V.G.A. Vid., *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 306. III.- Otras disposiciones. 22 de diciembre de 2000. Pág., 45458. “A lo largo del siglo XIX asistimos en Europa al tránsito de los Estados absolutos a los Estados liberales o constitucionales. Las personas que, llevadas de su afán de contribuir eficazmente a esa transición, realizaban conductas prohibidas por las leyes penales, y lograban zafarse de la persecución penal en su Estado (absoluto) refugiándose en un Estado distinto (liberal), no eran considerados delincuentes por el Estado de refugio, sino héroes, campeones de la lucha por los derechos fundamentales de las personas, a quienes era preciso conceder asilo político, justificando su acción, bien sobre la base del derecho a realizarla (libertad de expresión, de reunión, de asociación), bien sobre la base del mal menor... [Instaurados] los Estados liberales... permitiendo sus ordenamientos la lucha por el cambio político en un contexto democrático, no tiene razón de ser un trato jurídico generoso para estos delincuentes... En consecuencia... si las reformas políticas son posibles en el ordenamiento liberal y democrático del Estado que pretende castigar a aquéllos, el

E) Usurpación pacífica y orden público

En Derecho penal, como en las otras ramas del Derecho, la interpretación consiste en la operación de buscar y descubrir el sentido de los preceptos jurídico-penales (teoría tradicional o subjetiva que trata de averiguar la *mens legislatoris*, vs. teoría moderna u objetiva que busca la *mens legis*), para lo cual se sirve de los criterios tradicionales de interpretación de la teoría general del Derecho. Emplearemos los mismos para averiguar y demostrar que el bien jurídico protegido del artículo 245.2 es además de la propiedad, posesión o patrimonio inmobiliario, el orden público³⁹⁸.

castigo no sólo es justo, sino que ha de ser más intenso que el de otros delitos violentos, porque en tales casos la violencia es un recurso superfluo y sádico que demuestra el carácter peligroso y profundamente antisocial de su autor y no su naturaleza de héroe defensor de las libertades fundamentales. En el contexto indicado, ser delincuente político ya no es un timbre de honor, sino más bien una circunstancia agravante”. BUENO ARÚS, F.: *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Ed. Aranzadi, S.A. Navarra, 2005. Págs., 86-89.

³⁹⁸ Podemos preguntarnos dónde hay que buscar ese sentido. Existen dos teorías al respecto. Según la teoría tradicional o subjetiva, presupuesta la existencia y legitimidad de la ley, el sentido de la misma es preciso buscarlo en la mente del legislador; es decir, la meta de la interpretación sería hallar la *mens legislatoris*, el espíritu que en la ley encerró quien la dictó. La teoría llamada objetiva afirma modernamente que la meta de la interpretación no es la *mens legislatoris* sino que es la *mens legis*. Afirma esta teoría que una vez que la ley existe se independiza de su autor, y su sentido es el que en sí objetivamente encierra, debiendo prevalecer este sentido aunque se demostrara que discrepa del que su autor le atribuyó. La doctrina dominante se pronuncia a favor de la teoría objetiva, entre otras razones, porque cuando “el legislador” es realmente algo plural (pre-legisladores o autores de un proyecto, Ministerio y Gobierno que lo impulsó, diversos parlamentarios y grupos parlamentarios e incluso diversas Cámaras que intervinieron en su aprobación), cada uno de los componentes del “legislador” pudo tener una idea o finalidad diferente, con lo que muy frecuentemente es prácticamente inviable hablar de una *voluntas legislatoris* o *mens legislatoris*; por otra parte, porque el sentido de la ley, una vez aprobada, se independiza de lo que pensara el legislador, que además puede haberse equivocado en las palabras utilizadas para formular su idea; y también porque la teoría objetiva permite una adaptación de la ley a las nuevas circunstancias sociales, económicas, políticas, jurídicas, etc., de un momento histórico y permite una interpretación del precepto, con independencia de su origen o idea inicial, en consonancia con los principios, características y objetivos que en ese momento tiene el resto del Derecho o de esa rama del Derecho. Vid., LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición ampliada y revisada (1ª edición como Curso de Derecho Penal, Parte General I, Madrid 1996). Valencia, 2012. Págs., 74-75; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 121-125; JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: << Las fuentes supletorias de la Ley y la aplicación de las normas jurídicas >> en *E-Prints UCM*. Código ID: 12734. Pág., 14. “Podemos preguntarnos qué leyes han de interpretarse. Han de interpretarse las leyes cuyo texto sea dudoso o ambiguo. Así se ha dicho que: *In claris non fit interpretatio*, lo que significa que no debe darse un sentido distinto al que realmente se encierra en una letra clara. También se ha dicho *“Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”*. Cuando en las palabras no existe ambigüedad, no puede haber cuestión alguna en cuanto a la intención, en cuanto a cuál fuese la mente del legislador... Elementos de la interpretación. Son los medios de que se vale el intérprete para precisar el sentido de la ley. Pueden ser cualesquiera medios que sean útiles para tal fin. El art. 3.1 CC señala que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*. Dice el profesor FEDERICO DE CASTRO que el art. 3.1 CC sugiere al intérprete unos medios de interpretación, pero no se los impone

forzosamente, ya que la norma del art. 3.1 CC., no es una norma de *ius cogens* (imperativa), que recoja unos criterios interpretativos forzosos y exclusivos. El art. 3.1 no excluye cualquier otro medio racional o apto para desentrañar el sentido de la ley. (Dice el profesor FEDERICO DE CASTRO que constituyen otros medios de interpretación, las reglas clásicas formuladas en el Digesto (l. 50, tít. 17), las Decretales de Gregorio IX (l.5 tít. 41), el Liber Sextus Decretalium de Bonifacio VIII (l.5, tít. 12) y las Partidas (7,33 y 7,34); las reglas lógicas o propias del buen razonar, como el principio de no contradicción y la reducción al absurdo; los principios generales del Derecho; la evitación del fraude a la ley, el abuso de derecho o el empleo de la mala fe, y los argumentos de autoridad, como la doctrina jurisprudencial, la opinión de los autores, las exposiciones de motivos, los reglamentos y órdenes que interpretan o desarrollan una ley y la referencia a las legislaciones extranjeras)". JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: << Las fuentes supletorias de la Ley y la aplicación de las normas jurídicas >>... *Op. cit.*, Págs., 14-15. Las clases de interpretación suelen ordenarse en atención al intérprete o sujeto que la lleva a cabo, en atención a los métodos utilizados y por último, en atención a los resultados obtenidos. A) Por los sujetos. Por el sujeto que efectúa la interpretación se distingue entre interpretación auténtica, jurisprudencial y doctrinal. Auténtica: La interpretación auténtica es la llevada a cabo por el propio legislador mediante normas que precisan el significado de los términos utilizados. Jurisprudencial: Es obviamente la llevada a cabo por los órganos jurisprudenciales. Aunque en principio sólo crea Jurisprudencia el Tribunal Supremo (art. 1.6 CC) se habla de Jurisprudencia menor para referirse a la creada por las Audiencias Provinciales. Doctrinal: La interpretación doctrinal es la propuesta por los juristas en obras científicas. La doctrina científica, tendrá mayor peso si es doctrina unánime o claramente dominante o mayoritaria, pero que en cualquier caso tiene el valor de la solidez de la argumentación y su consiguiente fuerza de convicción, hasta el punto de que, aunque en un determinado periodo la interpretación jurisprudencial no coincida con la doctrinal dominante o con una determinada interpretación doctrinal minoritaria, nada impide que su capacidad de convicción determine que a partir de otro momento sea acogida por los aplicadores del Derecho. B) Por el método. Por el método empleado distinguimos entre interpretación gramatical o literal, histórica, lógico-sistemática y teleológica. Gramatical o literal: El art. 3.1 CC sugiere iniciar la interpretación por este elemento literal. Dice así el referido artículo que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto...". El primer paso en la interpretación es, por lo tanto, ver el significado de las palabras utilizadas, en su conjunto y según las reglas gramaticales. Aunque es necesaria, no suele ser suficiente, por lo que normalmente se utiliza en combinación con otros métodos; si bien, por imperativo del principio de legalidad opera como límite de los otros métodos que la complementan y que no pueden desbordar el tenor literal de los términos legales. Histórica: Atiende a los antecedentes y génesis histórica de la norma actual, a la regulación anterior (a veces a varias consecutivas), si la había, y su comparación con la vigente, a la situación de la sociedad que pretendió regular la norma, a los anteproyectos, proyectos, enmiendas y trabajos legislativos, así como a la exposición de motivos o memorias de la propia ley. Lógico-sistemático: Busca el sentido de los términos legales a partir de su emplazamiento dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico. Teleológico: Atiende a la finalidad perseguida por la norma. C) Por el resultado. Por su resultado la interpretación puede ser declarativa, restrictiva o extensiva. Declarativa: En ella, el intérprete llega a la conclusión de que el sentido de la norma coincide plenamente con su tenor literal. Restrictiva: Supone que el tenor literal va más allá, es más amplio que la voluntad de la norma, y por eso hay que restringir el significado literal para que abarque solamente lo pretendido por la voluntad o finalidad de la norma. Esto ocurre cuando la fórmula verbal empleada por la ley dice más de lo que la ley realmente quería decir (*plus dixit quam voluit*). Extensiva: supone que el tenor literal se queda corto respecto de lo pretendido por la voluntad o finalidad de la norma y hay que ampliar o ensanchar dicho tenor, más allá del estricto significado literal, hasta hacerlo coincidir con la voluntad de la norma. Esto ocurre cuando la fórmula verbal empleada por la ley dijo menos de lo que la ley realmente quería decir (*minus dixit quam voluit*). Plantea problemas por su proximidad a la analogía. Como en Derecho penal, por la vigencia del principio de legalidad, está claro que nunca se puede desbordar el sentido literal posible de la ley, esta forma de interpretación extensiva estaría absolutamente prohibida cuando se trate de una ley que fundamente o agrave responsabilidad criminal; es más, realmente no sería auténtica interpretación sino creación de Derecho más allá de la interpretación (lo que sólo sería admisible, para eximir o atenuar la responsabilidad criminal). En relación a las clases y métodos de interpretación, Cfr., LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 74-79; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 125-128; JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: << Las fuentes supletorias de la Ley y la aplicación de las normas jurídicas >>... *Op. cit.*, Pág., 14-25; LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Derecho Civil I.- Introducción al Derecho Civil. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Negocio jurídico...* *Op. cit.*, Págs., 129-154; VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho Civil...* *Op. cit.*, Págs., 58-87; GARCÍA

La interpretación auténtica no nos ofrece ninguna utilidad, pues, a diferencia de lo que el propio Código Penal establece en otros supuestos con los conceptos de autoridad, funcionario público, discapacidad, persona con discapacidad necesitada de especial protección, documento (arts. 24-26), llaves falsas (art. 239), o sociedad (art. 297), no nos ofrece una definición legal de qué ha de entenderse por ocupación pacífica. Sin embargo, el Tribunal Supremo, interpretando la *mens legislatoris* en relación al delito de ocupación pacífica, nos clarifica la razón de ser de la tipificación de esta conducta, al decir: “*Este tipo de delito, introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados "ocupas" ...*”. En el mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia *menor*³⁹⁹.

La interpretación jurisprudencial nos orienta, y a modo de guía nos conduce a averiguar en qué consisten “las conductas de los llamados okupas”, como presupuesto previo indispensable para poder terminar desentrañando la razón teleológica de la tipificación de la conducta. Es (empleando los términos del artículo 3.1 del Código Civil) en la “realidad social” donde tenemos que centrar nuestra atención. Si bien,

AMIGO, M.: *Derecho Civil de España. I.-Parte General... Op. cit.*, Págs., 177-190; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo primero: Introducción y Parte General. Volumen primero: Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*. Ed. Reus, S.A., 2ª edición, revisada y puesta al día por Antonio M. Román García. Madrid, 2005. Págs., 571-598; ALBALADEJO, GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 19ª edición, revisada y puesta al día por Silvia Díaz Alabart. Madrid, 2013. Págs., 99-116.

³⁹⁹ Vid., Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 15-11-2004, nº 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2004/197365). En el mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia *menor*: Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 4-7-2012, nº 594/2012, rec. 130/2012, Pte: Valle Esqués, Fernando (EDJ 2012/175688); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2009/414265); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-1-2000, rec. 181/1999, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2000/3635); Audiencia Provincial de Cuenca, S 11-12-2000, nº 96/2000, rec. 80/2000, Pte: López Calderón Barreda, Luis (EDJ 2000/64374); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 13-6-2013, nº 610/2013, rec. 150/2013, Pte: Rodríguez Santamaría, Ana (EDJ 2013/204112); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-9-2012, nº 673/2012, rec. 316/2012, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen (EDJ 2012/275047); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 20-11-2013, nº 626/2013, rec. 55/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2013/298944); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 8-10-2010, nº 562/2010, rec. 236/2010, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2010/377180).

escasa utilidad nos ofrecerá este método si no acudimos a las propias “fuentes okupas” a fin de averiguar qué buscan con su conducta, y si no partimos de la distinción entre ocupa y okupa.

El “movimiento okupa”, en tanto que movimiento urbano protagoniza “*acciones colectivas conscientemente determinadas a transformar los intereses y valores sociales de una ciudad históricamente determinada*”⁴⁰⁰. Desde esta perspectiva no puede ser considerado como un simple movimiento juvenil o como prácticas ilegales aisladas para satisfacer la necesidad de vivienda, sino como un movimiento que abre un conflicto político de primer orden con el sistema político y económico existente.

Distinto del “okupa” son las “personas sin hogar”, entendiendo por tales aquéllas que están excluidas del mercado laboral o con trabajo en precario: personas pobres o muy pobres que no disponen de medios económicos o éstos son insuficientes o irregulares (limosnas, trabajos ocasionales, ayudas, venta ambulante...), que no les permiten vivir en un alojamiento con la estabilidad necesaria; personas con escasas habilidades, mínima autoestima y casi nula creencia en sí mismos. En estos casos podría decirse que la conducta de la ocupación de un bien inmueble responde a una necesidad material (búsqueda de vivienda), es un fin en sí mismo, y está desnaturalizada de toda motivación ideológica y política. No se trata de ningún medio de lucha contra el orden jurídico, social y económico establecido⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ CASTELLS, M.: *La ciudad y las masas. Sociología de los movimientos sociales urbanos*. Ed. Alianza Editorial, S.A., Madrid 1986. Págs. 20-21.

⁴⁰¹ Personas sin hogar: “Terminología usada para designar a las personas que habitan las calles de las ciudades en situación de pobreza y exclusión social extrema. Se usan los términos de *mendigos*, por vivir de la mendicidad, *vagabundos*, por no tener residencia fija, *transeúntes*, por vivir de paso entre ciudades con el pretexto de buscar trabajo, *indigentes*, por su situación de carencias materiales, *sin techo*, que es el término más aceptado universalmente y hace referencia a la carencia de vivienda, y *sin hogar*, que es el término más usado en España y que podría ser el término más exacto..., pues la carencia de vivienda generalmente va acompañada de otras carencias, tales como la carencia afectiva, económico-laboral y social; además de soledad, abatimiento y exclusión social. En definitiva, se trata de describir una situación de pobreza total, que estaría reflejada por los términos *sin hogar o sin techo*”. CORDERO DEL CASTILLO, P.: << Los “sin techo” en España >> en *Humanismo y Trabajo Social*. Nº 6. Año 2007. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Universidad de León. Pág., 56. Vid., CABRERA, P.J., Y RUBIO, M.J.: << Las personas sin hogar, hoy >> en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 75, año 2008. Págs., 51-74; VALEDOR DO POBO DE GALICIA.: *Las personas sin hogar en Galicia*. Septiembre, 2010. Págs., 4-7. Obsérvese que DAVID MADRID Y JORGE MURCIA definen el status social de los integrantes del Movimiento Okupa, como “clase media-alta con un alto capital cultural”, en *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres*. Ed. Arcopress, 1ª edición. 2008. Pág., 86. “Lo primero que se puede inferir es que la gran mayoría de los y las okupas, que además residen habitualmente en casas okupadas..., es que tienen una alta formación escolar, encaminada hacia la realización de estudios

ROBERT GONZÁLEZ, LLUC PELÁEZ Y ASIER BLAS, sostienen que dentro del movimiento okupa podríamos distinguir dos concepciones distintas pero totalmente complementarias. Una que concibe la okupación como un arma de combate para llevar a cabo un proyecto transformador que responde a una ideología concreta y previamente definida. Otra, que contempla la okupación como un medio para llevar a cabo proyectos de experimentación personal y colectiva, siguiendo pautas de comportamiento alternativas, bajo una lógica de insumisión cotidiana entre los integrantes del colectivo, y sin un proyecto alternativo concreto de sociedad. Así, en los Gaztetxes, los okupas comparten planteamientos políticos revolucionarios y de transformación social, por eso centran su acción colectiva en la agitación social continua. Su primer objetivo no es presionar a la administración en una política concreta, como la de vivienda, sino plantear una lucha contra el sistema capitalista⁴⁰².

Asimismo, ROBERT GONZÁLEZ, LLUC PELÁEZ Y ASIER BLAS afirman que a diferencia de otros movimientos o redes críticas, el movimiento okupa no plantea la reforma del orden político sino que plantea la ruptura directa con las estructuras del sistema. No busca luchas sectoriales (vivienda, juventud...) sino una lucha contra *el todo*. No se trata, pues, de un movimiento revolucionario de corte clásico que pretenda cambiar *un todo* para instaurar otro, sino que lucha contra la misma idea del *todo*⁴⁰³.

universitarios, cursándolos o incluso habiéndolos finalizado ya. Entendemos que los esfuerzos para costear la consecución de esos títulos escolares suelen ser soportados por la familia de origen, lo cual se apoya perfectamente en el hecho de que la mayoría de los padres y madres de las personas que respondieron poseen una titulación universitaria (65%)... Tanto los estudios como la posición laboral y los ingresos regulares nos indican que unos dos tercios (66%) de las familias de origen analizadas son de clase media (o alta, en algunos casos), al mismo tiempo que en el movimiento okupa podríamos distinguir a otro tercio con origen de clase media-baja o baja, más claramente "proletaria" en el sentido común que se le da a este adjetivo (clase obrera tradicional con bajos ingresos y escasa formación y cualificación), incluso con alguna situación de subempleo o desempleo entre sus padres y madres. *Esta distribución, desde luego, no se corresponde con la existente en la población española, en la que, más bien, se invierten los términos* (dos tercios pertenecerían a las clases bajas y medio-bajas)". MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupaciones de viviendas y de Centros Sociales. Autogestión, contracultura y conflictos urbanos*. (Título original: "Laberintos e Laboratorios de Participación Urbana. Planos estratéxicos, centros históricos e movimiento de okupación". Traducido por Miguel y Anaf Martínez López). Ed. Virus, 1ª edición. Barcelona, 2002. Págs., 265-266.

⁴⁰² GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >> en *Creadores de Democracia radical. Movimientos sociales y redes de políticas públicas*. IBARRA, P., MARTÍ, S., Y GOMÁ, R. (COORDS.). Ed. Icaria, 1ª edición. Barcelona, 2002. Págs., 188-189.

⁴⁰³ GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Pág., 216. "Alejados ya de la revolución

“Sería [el Movimiento Okupa] un movimiento general de lucha contra el Estado, y por unas ideas libertarias...”⁴⁰⁴.

Consideramos que cuando el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales afirman que se trata de un *delito introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados “ocupas”*, lo que se pretende sancionar no es el *sinhogarismo (homelessness)*, la simple ocupación donde tener un techo en el que guarecerse; sino, aquellas conductas que al margen de las vías legales no persiguen reivindicaciones legítimas de mejoras en las condiciones de acceso a la vivienda o la intervención de los poderes públicos para obtener ayudas o regulación del mercado inmobiliario, sino el mero empleo de un ataque al patrimonio inmobiliario con otros fines⁴⁰⁵.

proletaria contra la burguesía (conflicto bipolar), tras el Mayo del 68 (y caído el muro de Berlín en 1989) algunos autores... constatan el progresivo declive del movimiento obrero o sindical y la existencia de una difusa "Área Alternativa" emergente, en donde cabe hablar de la génesis de una compleja y cambiante red asociativa. En paralelo al progresivo descreimiento sobre la capacidad de emancipación social o cambio político de la izquierda, crece una especialización sectorial (intereses) y temática (multiconflicto). En esta euforia "neomovimentista" se habla entonces del movimiento ecologista (ALTE), del pacifista y antimilitarista (ALTP), del movimiento feminista o de la mujer (ALTF), del de solidaridad (ALTS), del contracultural (ALTC), del de nueva conciencia o neo religioso (ALTN), del homosexual o gay (ALTH) y finalmente del radical o autónomo (ALTR). Dentro de este último ámbito, y ocupando un espacio clave, situaremos,... al movimiento okupa”. ADELL ARGILÉS, R.: << Mani-fiesta-acción: La contestación okupa en la calle (Madrid, 1985-2002) >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Pág., 91.

⁴⁰⁴ Así se autodefinen dos okupas en una entrevista celebrada el día 27 de octubre de 1998 en Madrid, y transcrita en la obra de NAVARRETE MORENO, L.: “Yo es que por ejemplo, como Movimiento Okupa no, que no lo separo, no creo que sea una cosa, por lo menos para mí, que se pueda separar, sería movimiento, pues..., no sé, sería un *movimiento general de lucha contra el Estado, y por unas ideas libertarias...* y entre ello pues: lo que es la insumisión, la okupación... no separo lo que es la okupación de los demás temas”, en *La autopercepción de los jóvenes okupas en España*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Juventud, 1ª edición. Madrid, 1992. Pág., 12.

⁴⁰⁵ La COMISIÓN DE COORDINACIÓN DE LA ASAMBLEA DE OKUPAS DE BARCELONA, 16/05/1996, manifestó: “¿Okupamos como finalidad en sí misma o vemos en la okupación un medio de lucha para transformar, cambiar, destruir, remplazar o mejorar el "universo" que nos rodea? Finalidad o medio es el planteamiento que existe detrás de ciertas actitudes. ¿Se puede plantear en nuestro caso? Si nuestra idea es la ok/cupación como finalidad, es decir, el objetivo inmediato material de conseguir una vivienda, es posible que estemos acercándonos, aunque provisionalmente. Si no es simplemente así, y entendemos que la okupación es un medio para conseguir una diversidad de finalidades, entre ellas el tema de la vivienda, el planteamiento cambia de características”; en VV.AA.: *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa*. (Título original: “Okupacio, repressió i moviments socials”). Traducido por Sonia G., Max). Ed. Traficantes de sueños, 1ª edición en castellano. Barcelona, 2000. Pág., Contraportada. Si la postura de los “okupas”, según ellos mismos, “no pasa por la reivindicación de mejoras en las condiciones de acceso a la vivienda o la intervención de los poderes públicos para obtener ayudas o regulación del mercado inmobiliario... [es decir, no pretenden actuar dentro de las vías legales, y por los cauces que el ordenamiento jurídico establece, sino que]

En cuanto a la interpretación doctrinal, mayor peso interpretativo tendrá la argumentación propuesta cuanto más importante sea el autor que avale la postura defendida. En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO sostiene que la ocupación pacífica del artículo 245.2 del Código penal, no sólo se diferencia con la violenta o intimidatoria del artículo 245.1 del mismo cuerpo legal, en la concurrencia o no de tales circunstancias, sino que los elementos del tipo cobran tonalidades propias, siendo el bien jurídico protegido ejemplo de ello. Así sostiene: “Por lo que hace al bien jurídico protegido, éste puede ser identificado, siguiendo la opinión general y la propia ubicación del precepto como el patrimonio, y quizá, más exactamente, como la disponibilidad sobre el uso de determinados bienes, *si bien no falte una cierta resonancia del orden público en tanto se combaten las iniciativas (con frecuencia multitudinarias) frente al orden establecido (jurídico y social)*⁴⁰⁶”.

pretenden difundir esta práctica como herramienta revolucionaria que permita a las personas proporcionarse por sus propios medios un lugar digno donde vivir y desarrollar proyectos que partan de la autogestión”. OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación*. 1ª edición. Madrid, octubre de 2011. Pdf. <http://www.okupatutambien.net>. Pág., 14; y “los movimientos de okupación han sido bandera de la lucha contra el capitalismo, haciendo su aportación al movimiento social y político de cada pueblo... herramienta política... vía para hacer frente a la dominación y desestructuración como personas que vivimos hoy en día... instrumento para construir un nuevo modo de vida, para decir stop al desarrollo urbanístico, para crear alternativas ante la propiedad privada y para ponerlas en práctica...”. OKUPAZIO BULEGOA. BILBO. (OFICINA DE OKUPACIÓN. BILBAO): *Okupacio Gida. (Guía de Okupación)*. Bilbo. Pdf. <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es/p/guia-de-okupacion.html>. Pág., 17; consideramos que el bien jurídico protegido, como vislumbra MANZANARES SAMANIEGO, ha de ser también el orden público (cuando se trata de okupas, no de ocupas) en tanto se combaten las iniciativas (con frecuencia multitudinarias), frente al orden establecido (jurídico y social). MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >> en *Actualidad Penal*, Nº 40, 3-9 de noviembre de 1997, XLIV, 1997-2. Pág., 908.

⁴⁰⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2005. Pág., 220; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*. Ed. Comares. Granada, 2010. Pág., 477; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >> en *Actualidad Penal*, Nº 40, 3-9 de noviembre de 1997, XLIV, 1997-2. Pág., 908. “A través de estos tipos se dispensa una protección incompleta e imperfecta al patrimonio inmobiliario, o, mejor dicho, a una parte del mismo que constituye el objeto material sobre el que recaen en cada caso las conductas descritas en los correspondientes preceptos. Hay que destacar, por una parte, que las conductas de usurpación se refieren siempre a bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios; y de otra, la levedad de las penas previstas, lo que contrasta con las establecidas para los robos correspondientes e incluso para las simples coacciones... La regulación que hace el Código de 1995 coincide en lo esencial con la del Código anterior de 1973, con la salvedad de haberse introducido el nuevo delito de ocupación no violenta de inmuebles en general y de viviendas o edificios en particular, con lo que se viene a colmar una laguna que antes se vino salvando a base de soluciones técnicamente defectuosas a través del delito de coacciones genéricas. El bien jurídico protegido consiste en el pacífico disfrute de los bienes inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos... Parte de la doctrina..., a la vista del nuevo delito de ocupación pacífica de inmuebles del art. 245.2 considera que forma parte del bien tutelado el orden público, que puede verse afectado por actos e iniciativas con

Por otro lado, los fenómenos de ocupación, según FERNÁNDEZ APARICIO, suelen provocar una cierta alarma social, coadyuvada por la naturaleza marginal de los individuos que la protagonizan; atacándose colateralmente otros bienes jurídicos como *la seguridad y la libertad*. A veces, el estado tan lamentable en que se encuentra el inmueble desde el punto de vista higiénico y sanitario determina la puesta en peligro de otro bien jurídico como *la salud pública*. Al no ser siempre vulnerados por la realización de la conducta típica estos bienes jurídicos hay que analizar caso por caso⁴⁰⁷.

Dejando al margen los antecedentes remotos, ampliamente estudiados, el elemento histórico de interpretación de las normas (art. 3.1 Código civil) nos remite al Código Penal de 1928, el cual en el párrafo tercero del artículo 709 preveía la posibilidad de llegar a considerar como constitutiva de delito de sedición (en la actualidad delito contra el orden público) la comisión simultánea o reiterada de la usurpación en un breve período de tiempo en un mismo término municipal⁴⁰⁸.

frecuencia multitudinarios frente al orden establecido de naturaleza jurídico y social". CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: Ed. Deusto jurídico. Barcelona, 2005. Pág., 222. Estos autores reiteran la idea de protección incompleta e imperfecta al patrimonio inmobiliario en los delitos del Capítulo V del Título XIII del Libro II del CP, considerando el bien jurídico protegido como el pacífico disfrute de las cosas inmuebles, concebido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos; si bien, obvian toda referencia al orden público en su comentario al Código Penal. *Vid.*, CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (COORDS.): *Código Penal Comentado*. Ed. Deusto Jurídico. Barcelona, 2004. Págs., 539-543.

⁴⁰⁷ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*. Nº 4, año 1997. Pág., 1317. "La presencia en el tipo de un elemento negativo "que no constituya morada" hace descartar la intimidad como bien jurídicamente tutelado". FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: *Ibidem*. Pág., 1317.

⁴⁰⁸ "Elemento histórico. Las leyes suelen ser reproducción, desarrollo o modificación de un Derecho preexistente. Por otro lado, sin los precedentes históricos, muchas veces es imposible determinar el significado de los conceptos jurídicos utilizados por el legislador. Por ejemplo, la acción de petición de herencia es mencionada por el CC en algunos preceptos, pero no la regula. Para determinar el significado del concepto jurídico "acción de petición de herencia" hay que acudir al Derecho anterior al Código Civil e incluso al Derecho romano, como dice CASTÁN TOBEÑAS. Por eso el elemento histórico ofrece gran interés para la interpretación. Cabe agrupar los elementos históricos para la interpretación de las normas del siguiente modo: 1.-Precedentes remotos, constituidos por el Derecho romano y por los demás Derechos históricos que han contribuido a la formación del nuestro, entre los que destacan el germano y el canónico. 2.- Precedentes inmediatos, formados por el estado legal anterior a la ley vigente que se interpreta. 3.- Trabajos preparatorios de la ley: Exposiciones de Motivos, Proyectos, Memorias de Comisiones técnicas, discusiones en las Cortes, Leyes de Bases que se desarrollaron, etc.". JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: << Las fuentes supletorias de la Ley y la aplicación de las normas jurídicas >>... *Op. cit.*, Págs., 16-17. La importancia del elemento histórico en la interpretación de las normas es puesta de manifiesto como se ha señalado anteriormente por el profesor CASTÁN TOBEÑAS, que a propósito de la

La localización sistemática en el Código penal no puede ser el único criterio determinante para establecer el bien jurídico protegido, ya que puede existir un erróneo emplazamiento por un defecto de técnica legislativa. Habrá que estar también a la semejanza del delito con otras figuras delictivas para determinar el bien jurídico protegido. Así en el Derecho alemán, el parágrafo 123 *Stgb* sitúa en su Sección séptima, bajo la rúbrica “Hechos punibles contra el orden público”, un tipo penal de semejantes características al que aquí se estudia así como al allanamiento de morada⁴⁰⁹.

acción de petición de herencia señala lo siguiente: “El Código civil no regula la acción de petición de herencia, pero no ofrece duda su persistencia en nuestro Derecho, donde las acciones no están sometidas a un *numerus clausus*. Además, hace alusión a ella dicho Cuerpo legal en su artículo 192 (a propósito de la apertura de una sucesión a la que está llamado un ausente) y, en cierto modo, en el artículo 1.016 (que se refiere a la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia) y el 1.021 (que habla del que reclama judicialmente una herencia de que otro está en posesión por más de un año). Esta falta de regulación de la acción de que se trata lleva consigo una dificultad para perfilar su concepto y su régimen. Habrán de ser muy útiles, para suplir este vacío legal, los principios generales del Derecho (formados sobre la base del Derecho romano y los antecedentes de la legislación y doctrina científica patria) y las elaboraciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. También deberán ser tenidas en cuenta, en tanto la analogía lo permita, las reglas de la acción reivindicatoria.” CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo sexto: Derecho de sucesiones. Volumen primero: La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte)*. Ed. Reus, S.A., 9ª edición, revisada y puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., Y BATISTA MONTERO-RÍOS, J., Madrid, 1989. Pág., 433.

⁴⁰⁹ § 123.- *Violación de domicilio. (1) “Quien penetra ilegalmente o quien sin autorización permanezca en la vivienda, en los locales de negocios, o en la propiedad delimitada de otro o en espacios cerrados que estén destinados para el servicio público o para el tráfico y no se aleje a petición de quien le asiste derecho, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa. (2) El hecho solo será perseguido a petición”.* § 124.- *Grave violación de domicilio. “Cuando se reúna públicamente una multitud y penetre con la intención de cometer hechos de violencia contra personas o cosas con fuerzas unidas, en la vivienda, en los locales de negocios, o en la propiedad delimitada de otro o en espacios cerrados que estén destinados para el servicio público, entonces toda persona que participe en estas acciones será castigada con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa”.* Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ (TRADUCTORA). Universidad Externado de Colombia, 1999. Pág., 55. La localización sistemática de estos artículos permite inferir que su ubicación al margen de las Secciones donde el legislador germano tipifica los diversos delitos contra el patrimonio, radica en el hecho de que es “algo más que el patrimonio inmobiliario” el bien jurídico protegido. “La ocupación de viviendas o edificios vacíos se tipifica en Alemania conforme a los § § 123 y 124 de su Código Penal, ubicados en la Sección 7ª bajo la rúbrica “Delitos contra el orden público”, y no en las Secciones 19ª, 20ª, 21ª y 22ª, donde el legislador germano recoge (y distingue) los diversos delitos contra el patrimonio. Además del allanamiento de morada en sentido amplio (“Hausfriedensbruch”), en el que se incluye como una modalidad dicha ocupación, se agrupan en dicha Sección 7ª otras muchas figuras delictivas, como la formación de grupos armados, la creación de asociaciones criminales y terroristas, la incitación al delito, la apología de la violencia, el favorecimiento de la xenofobia, el uso ilegítimo de títulos, denominaciones profesionales y signos, la omisión del deber de denunciar delitos, el alejamiento no autorizado del lugar del accidente, el incumplimiento de las reglas de conducta durante el período de prueba, la infracción de la prohibición del ejercicio profesional y la simulación de delitos. Como puede verse, se trata de una Sección sin parangón en nuestro Código... La entrada en la “posesión acotada” [la traducción que empleamos habla de “propiedad delimitada”], que es donde se sitúa la ocupación de viviendas o edificios vacíos, sería un cuerpo extraño en este artículo y se convertiría en un mero *delito contra la paz*... El art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn afirma [como nuestro art. 33 CE] que “se garantiza la propiedad y la herencia”, y que “su contenido y limitaciones son determinados por la ley”. Pues bien, aunque a renglón seguido se

Para NOGUEIRA GANDÁSEGUI no es acertada la inclusión del artículo 245.2 dentro del Capítulo V, del Título XIII del Libro II del Código Penal por no responder a una necesidad de protección patrimonial, ya que aunque pueda existir una cierta lesión patrimonial, en el orden jurisdiccional civil existe una protección suficiente del patrimonio inmobiliario a través de las acciones registrales e interdictales (juicios verbales sumarios en los que se ejercitan acciones posesorias). Sería contrario al principio de intervención mínima la introducción en la protección del patrimonio inmobiliario de esta figura delictiva si se considerase únicamente como el bien jurídico protegido la posesión, propiedad o patrimonio inmobiliario. El legislador ha querido proteger bien el orden público, bien un derecho personal amparado de un modo especial, en cuanto a la disponibilidad de viviendas y otros locales que se resguardan en este lugar y que pertenece a la esfera individual⁴¹⁰.

afirme que la "propiedad obliga" y que "su uso debe servir simultáneamente al bien de la comunidad", la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que tales declaraciones serán la base del oportuno desarrollo legislativo, pero no pueden servir para situar estos objetos en un espacio extrajudicial como presas fáciles de cualquier individuo y en detrimento de la normativa sobre propiedad. A lo más que se llega en la crítica al § 123 es a solicitar que la intromisión en inmuebles que no constituyan vivienda sólo se castigue como "Ordnungswidrigkeit" (una expresión referida a infracciones a caballo entre las administrativas y esas faltas penales que ya no tienen cabida en el Código Penal alemán)... El § 124 del Código Penal alemán recoge una cualificación limitada sólo a algunos de los supuestos del § 123... No hay duda de que estas figuras agravadas son pluriobjetivas, ya que junto a la protección del derecho dominical en sentido amplio se sitúa la concerniente a la seguridad pública. El precepto omite los espacios dedicados al tráfico, pero conserva la referencia expresa a la posesión acotada ("befriedetes Besitztum") [la traducción que empleamos habla de "propiedad delimitada"], siendo por lo tanto de aplicación a la ocupación de inmuebles vacíos o abandonados, siempre que el abandono lo sea en condiciones que no puedan ser entendidas como disponibilidad libre para terceras personas". MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 901-905. "Elemento sistemático. Consiste en relacionar una ley con aquellas otras que integran una institución jurídica y cada institución jurídica con las demás. Un elemento de interpretación sistemática es la *sedes materiae*, o sea, la colocación de un precepto dentro del conjunto de una ley, que hay que suponer que no es arbitraria. Sin embargo, no hay que dar a dicho elemento una importancia decisiva ya que a veces los preceptos legales no están bien colocados. Por ejemplo, esto ocurre con el art. 2 CC., que se refiere a la eficacia de las leyes en el tiempo y que debía estar ubicado en el Capítulo III del Título Preliminar, relativo a la eficacia general de las normas jurídicas. Sin embargo, está ubicado en el Capítulo I, relativo a las fuentes del Derecho". JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: << Las fuentes supletorias de la Ley y la aplicación de las normas jurídicas >>... *Op. cit.*, Pág., 17.

⁴¹⁰ Cfr., NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. Madrian Libros, Cambados, 1999. Págs., 121-123. "El bien jurídico protegido en el delito de usurpación violenta del artículo 517 es el patrimonio inmueble, no sólo la propiedad, sino también todas aquellas relaciones jurídicas distintas del dominio que suponen un derecho de una persona al uso y disfrute de dichos inmuebles. Desde una perspectiva histórica, también aparecen ligados a este delito otros objetos jurídicos, como la administración de justicia, ya que... se pretende evitar el rescamiento privado de los derechos lesionados; o también el *orden público*, aunque en un segundo plano". NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *El delito de usurpación*. Ed. Imprenta Universitaria-Pabellón de Servicios, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1985. Pág., 8. "El delito estudiado [art. 245.2 CP] se encuentra entre los delitos contra el patrimonio... Sin embargo, la lectura del precepto nos sugiere que no es el patrimonio inmobiliario el

Atendiendo a la finalidad perseguida por la norma, el artículo 245.2 busca proteger el orden público material cuando es atacado el patrimonio inmobiliario mediante la ocupación como medio de lucha, como instrumento, en una conducta que persigue como fin cambiar al margen de las vías legales el orden jurídico, social y económico establecido. No debe obviarse, como resaltan PÉREZ MANZANO Y BAJO FERNÁNDEZ que “en la desposesión de bienes inmuebles late en muchos de los casos un comportamiento que persigue no tanto el apoderamiento del objeto inmueble cuanto la manifestación de una oposición política al orden económico instituido en una determinada sociedad”. En la misma línea, MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA sostiene que “en una sociedad postindustrial como la española, la ocupación de bienes inmuebles puede tener una significación más política que económica”⁴¹¹.

único bien jurídico protegido, por más que, efectivamente, la acción tipificada pueda tener un cierto contenido patrimonial”. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 121.

⁴¹¹ PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª edición. Madrid, 1993. Pág., 198; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.). Ed. Comares, 3ª edición. Granada, 2002. Pág., 1673. PÉREZ MANZANO Y BAJO FERNÁNDEZ justificaban en las primeras ediciones de su manual la necesidad de mantener la tipificación de estas conductas y las enlazaban con el orden público, a través del delito de sedición, al decir: “Incluso hoy, sin remontarnos a momentos históricos de mayor conflictividad social, las ocupaciones de fincas en Andalucía o las ocupaciones de viviendas en las grandes capitales tienen su origen no sólo en la necesidad, sino fundamentalmente en la oposición política a un régimen económico concreto. De ahí que el legislador tenga por ello reparos en la eliminación de esta figura delictiva, pese a que se conserve el delito de sedición en el artículo 218.5º [Art. 218 CP 1973: “Son reos de sedición los que se alzan públicamente y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales cualquiera de los fines siguientes: 5º.- Despojar, con un objeto político o social, de todos o de parte de sus bienes propios a alguna clase de personas, al municipio, a la provincia o al Estado, o dañar o destruir dichos bienes”], para supuestos de esta índole... El Código Penal de 1928, quizá por influencia del Código fascista italiano, admitió expresamente en este delito la posibilidad de apreciar delito de sedición en determinados supuestos, lo que no debe considerarse totalmente insólito, ya que, como hemos advertido con anterioridad, la ocupación de bienes inmuebles puede tener, en una sociedad posindustrial como la española, una significación más política que económica. (Que siempre tuvo alguna significación política lo prueba que el Código, desde 1848, prevé como supuesto de sedición, en el artículo 218.5º, el despojo de bienes “con un objeto político o social”). A nuestro juicio, la relación que existe entre la sedición del artículo 218.5º, y la usurpación del artículo 517 es de especialidad, siendo el primer supuesto delito especial en cuanto que al hecho de la ocupación le añade otras características, como son el “alzarse pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales” el despojo de bienes ajenos a alguna clase de personas, al Municipio, a la Provincia o al Estado “con un objeto político social”...”. PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO)... Op. cit., Págs., 198-199. “BAJO y MADRIGAL han visto la influencia del Código Penal de la Italia fascista, pero tal influencia en el Código Penal español de 1928 (aventurada por BAJO y dada por cierta por MADRIGAL) no obstante resulta un tanto difícil de comprender si se tiene en cuenta que, si bien el fascismo alcanzó el poder en Italia el día 31 de octubre de 1922, no se promulgó un Código Penal propio de dicho régimen político hasta 1930,

Hasta los que abogan por la idea de que la okupación no es un delito, reconocen en tal conducta resonancias de alteración del orden público. Así, ENDIKA ZULUETA manifiesta que “por lo que se refiere al resto de las conductas penalizadas por la norma (que viene a ser la penalización de determinadas formas de protesta política, hasta ahora impunes, o, a lo sumo, constitutivas de faltas contra el *orden público*), es evidente que se trata de penalizar la pacífica protesta política. Estamos ante la contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida coetáneamente existentes...”⁴¹².

tratándose del Código Penal cuya preparación se llevó a cabo por una comisión técnica presidida por ROCCO e interviniendo también en su elaboración FERRI. Es posible que la influencia apuntada resulte del conocimiento de algún género de trabajos preparatorios del Código Penal italiano por parte de los redactores del Código Penal español de 1928, que entró en vigor el 1 de enero de 1929, aunque más parece que la influencia lo sea de una ley especial de 1921, dictada poco antes del advenimiento del fascismo, dentro de una corriente de legislación especial de emergencia tanto en Francia como en Italia para atajar los movimientos subversivos del período de entreguerras, caracterizados por el uso, como táctica, de la ocupación de fábricas y fincas. A su vez la ley especial italiana de 1921 constituyó el antecedente próximo del artículo 633 del Código Penal italiano de 1930, estableciendo dicho artículo penas agravadas para los supuestos de usurpación mediante actos llevados a cabo en grupo y por individuos armados”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. VI-1999. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Págs., 374-375.

⁴¹² ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar*. Nº 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997. Pág., 54. “La okupación es una construcción social *desde el margen* [(al margen de las vías legales)], a partir de la apropiación de un soporte espacial en un acto de *negación de la institución básica* del capitalismo: la propiedad privada... No es una respuesta al sistema porque el sistema no pregunta, ordena, conforma. Es una *rebelión*...”. SÁNCHEZ CASAS, C.: << Centralidad urbana y okupación >> en *Ni hablar*. Nº 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997. Pág., 36. En contra del carácter pluriofensivo de este delito se manifiesta BARBER BURUSCO, admitiendo únicamente la posibilidad de existir un concurso real de delitos entre la usurpación impropia y otros delitos que atenten contra la seguridad, libertad u orden público: “Si estas apreciaciones tienen el sentido de incluir dentro del bien jurídico protegido por este delito a los bienes seguridad, libertad y orden público, no las comparto, pues ninguna de estas valoraciones se encuentra recogida en el tipo legal. Si las conductas de ocupación de inmuebles vienen acompañadas de amenazas, coacciones, atentados contra la autoridad o desórdenes públicos, el castigo de las mismas deberá fundamentarse en el hecho de que la ocupación concurre con otras conductas también delictivas, que afectan a bienes jurídicos tales como la seguridad, la libertad o el orden público”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 11. Igualmente en contra del carácter pluriofensivo de este delito se muestran BAUCCELLS I LLADOS, y GONZÁLEZ CERÓN. El primero concluye que “el único bien jurídico protegido por estos delitos es el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles entendido como ausencia de la perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos. Será este bien jurídico y *no cualquier otro* el que deberá orientar la interpretación de estos tipos penales”. BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*... *Op. cit.*, Pág., 125. El segundo se opone al carácter pluriofensivo únicamente por razones de localización sistemática, al decir: “Si el precepto que se estudia fuera interpretado y aplicado, tomando en consideración la indicada alarma social ante conductas que alcanzarían una cierta significación política... y que se materializarían en la desposesión de la propiedad inmobiliaria, resultaría que la respuesta penal dirigida contra tales conductas, impregnadas de significación política (bajo la pretextada rúbrica de la usurpación) sería así una respuesta que, trascendiendo de la mera protección de la propiedad o de los valores patrimoniales, se orientaría a la represión de manifestaciones de oposición política al orden económico establecido, sin que la ubicación sistemática del tipo, entre los delitos patrimoniales y en particular en el grupo de los usurpatorios, permita

Por último podíamos emplear el *argumento ad absurdum*. Este tipo de razonamientos se emplean cuando se trata de comprobar que una determinada interpretación es correcta porque las demás interpretaciones posibles resultarían insensatas. Así podíamos concluir afirmando que si una persona en estado de intoxicación etílica aguda altera el orden público con mayor motivo lo atenta un colectivo okupa⁴¹³.

su interpretación en términos distintos de los que se derivarían de un delito de apoderamiento lucrativo”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >>... *Op. cit.*, Págs., 394. En la actualidad, el grupo político *PODEMOS* aboga por una expropiación forzosa, sin indemnización alguna al proponer en su programa ideológico la “despenalización de la ocupación por parte de familias o personas en situación de vulnerabilidad o sin techo de viviendas vacías pertenecientes a bancos y cajas intervenidos o rescatados, o de viviendas vacías durante más de un año de inmobiliarias y promotoras”. Asimismo, pretenden gravar el legítimo derecho de propiedad sobre bienes inmuebles (sin averiguar previamente la licitud o no de su adquisición) mediante la “adopción de impuestos directos progresivos sobre las viviendas en propiedad que no sean principales y estén infrautilizadas”; medidas ambas recogidas en *Documento final del programa colaborativo*. Pdf. <http://podemos.info/programa/>. Pág., 19. Consideramos éstas medidas populistas y que pueden ocasionar desórdenes públicos ante la posible avalancha de ocupaciones que con toda seguridad se realizarían sin acudir al Registro de la Propiedad, y sin cerciorarse de si tales inmuebles pertenecían o no a inmobiliarias y promotoras; siendo en definitiva los “sufridores” de tales medidas aquellos que con esfuerzo y ahorro hubieran podido adquirir una segunda vivienda, pero no tuvieran el suficiente potencial económico como para blindarla con un “ejército a su cargo” de seguridad privada. No puede obviarse, como afirma SÁNCHEZ DE LA TORRE que “el régimen jurídico de la propiedad es una pieza insustituible en el destino de una sociedad: tanto puede permitir su progreso económico-social como arruinar su capacidad productiva al mismo tiempo que, al privar a la población de ese recinto de suficiencia proporcionada por la propiedad, la deja desarmada frente a las influencias y coacciones del poder, sin defensa ni respaldo que una institución jurídica como la propiedad ofrece al hacer que cada propietario tenga un ámbito de decisiones (y de libertad) autárquico”; y que “la propiedad privada es una prolongación ontológica de la estructura racional de la conducta humana. Es una estructura institucional que permite medir los merecimientos de quienes puedan tener acceso a los bienes que remedien las necesidades humanas y de quienes sean responsables de su correcta utilización en beneficio de toda la comunidad. Es un método de organizar la responsabilidad personal y de ofrecer una plataforma de instalación para las libertades concretas de los individuos, fortaleciendo su capacidad de resistencia a la opresión de los poderes sociales de todo orden (en cuanto que incidieran en tal tentación, a que siempre se hallan sometidos los fuertes, de abusar de los débiles). Es un apoyo para la libertad, que permanece con gran autonomía de actuación en los objetos de su propiedad, sirviendo a todas las iniciativas de progreso”, en *El Derecho en la aventura europea de la libertad*. Ed. Reus, S.A., Madrid, 1987. Págs., 232-235.

⁴¹³ “El alcohol es un importante factor criminógeno que enriquece el fichero judicial. Ocasiona importantes trastornos somáticos, psíquicos y sociales. Perturba las facultades de elección, juicio y raciocinio del sujeto, y potencia la agresividad de éste. Pero el perfil de la delictogénesis del alcohol depende de la naturaleza aguda o crónica de la intoxicación etílica. En la intoxicación *aguda*, predominan los delitos de injurias y los delitos contra las personas, en la *crónica* episodios reiterados de violencia intrafamiliar. En la intoxicación *aguda*, el comportamiento delictivo se explica por la exaltación de la vitalidad del sujeto unida al descontrol psicomotor que éste sufre durante la misma. Se han descrito, como usuales, pulsiones incendiarias, abusos sexuales de carácter homosexual, alteraciones del orden público y, desde luego, delitos contra la seguridad del tráfico, delitos estos últimos de colosal incidencia estadística”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* *Op. cit.*, Pág., 405.

F) Consecuencias

Existe un clima de seguridad ciudadana (ya dijimos que el mantenimiento del orden público material es presupuesto indispensable para la consecución de un estado de seguridad ciudadana) cuando el individuo siente que en la sociedad en la que se encuentra tiene garantizada la protección de los derechos y libertades que tiene legalmente reconocidos (posesión, propiedad, patrimonio inmobiliario, reconocidos constitucionalmente en el art. 33, libertad y seguridad...) y ello porque existen toda una serie de operadores y de mecanismos (sean estatales, autonómicos, locales o de cualquier otra índole pública) que se ocupan de mantener ese clima de seguridad y protección del ciudadano. Una de las prioridades del Estado es garantizar la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, siendo una responsabilidad del propio Gobierno y del resto de los poderes públicos defender la libertad y la seguridad con arreglo a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico. Para llevar a cabo tal protección, el Estado de Derecho cuenta con tres mecanismos: un ordenamiento jurídico que da respuesta a la delincuencia (art. 245 CP), una Justicia rápida y rigurosa en su aplicación y unas Fuerzas de Seguridad eficaces en la prevención e investigación de la criminalidad.

Entendemos, pues, que las okupaciones colectivas de inmuebles que no responden a una necesidad material (búsqueda de vivienda), ni a un fin en sí mismo, sino a un medio de lucha contra el orden jurídico, social y económico establecido, transgreden el orden público porque la conmoción de los ánimos es un verdadero daño inmediato que absorbe por su importancia política (la búsqueda de cambio jurídico, social y económico al margen de las vías legales) el que se quisiera causar a un determinado individuo o familia ocupándole su bien inmueble⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Vid., LORENTE VELASCO, S.Mª.: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia...* Op. cit., Pág., 45; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60...* Op. cit., Pág., 552. Para RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ, “delitos contra el orden público, en sentido riguroso, lo son únicamente aquellos en los que la alteración usada como medio para la consecución de otros fines tiene mayor relieve que éstos, o si se prefiere, utilizando la terminología de Carrara, aquellos en que la conmoción de los ánimos es un verdadero daño inmediato que absorbe por su importancia política el que se quisiera causar a un determinado individuo o familia. Cuando la conmoción que se deriva de un delito es accidental, es decir, no proviene de las circunstancias intrínsecas al hecho mismo, como sucede en muchos de los graves delitos contra la vida o la propiedad, v. gr., en el robo con homicidio, o con la repetición de actos en sí leves, como frecuencia de muchos hurtos, allí donde la perturbación del orden es consecuencia mediata del delito por temor a su repetición, no se trata de orden

público, porque no permitiría individualizar un grupo de delitos”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial... Op. cit.*, Pág., 826. Sostiene CARRARA, que “la tranquilidad es el fin de la coasociación humana; es el fin del magisterio punitivo. La autoridad social que tutela nuestros derechos produce la *seguridad* de todos; pero esto no es suficiente si todos no tienen además la conciencia de estar seguros, porque la *opinión de la seguridad* es indispensable para el libre y completo desenvolvimiento de actividades humanas. Todo delito aminora más o menos, según sus distintas condiciones, la opinión de la seguridad en un número indefinido de ciudadanos, y posiblemente en todos. En tal sentido, todos los delitos pueden considerarse ofensivos para la tranquilidad pública [léase orden público]. Pero cuando se los considera como hechos ofensivos para la tranquilidad pública con el propósito de separar algunos y colocarlos en una clase especial que tome su nombre de esta objetividad prominente, ya no se considera el efecto, común a todos los delitos, de producir en todos los asociados un sentimiento de dolor por lo ocurrido y un sentimiento de temor despertado por la previsión de una probable *repetición* de ese hecho, lo que no es más que un daño *mediato*. Para constituir una clase especial sobre la base de aquella objetividad, es necesario que la conmoción indefinida de los ánimos y la agitación consecutiva de las multitudes, procedan de las condiciones intrínsecas del hecho mismo, en cuanto que de él surja el sentimiento del propio peligro por sus posibles consecuencias, independientemente de toda previsión de su futura repetición. Esta conmoción indefinida de las multitudes representa entonces un verdadero daño *inmediato* derivado del delito. Daño que, sobrepasado en su importancia política al daño inmediato que el culpable quería ocasionar u ocasionó a un determinado individuo o a una determinada familia, exige que el hecho se coloque en una clase especial y que el delito, que de acuerdo con los fines del agente, habría pertenecido a los delitos naturales, pase a los delitos sociales, de manera que el daño inmediato causado a muchos y su directa difundibilidad, determine la noción y la medida del delito con preferencia al daño inmediato que se causó o que quería causarse por el culpable mediante la lesión del derecho particular”, en *Programa del curso de Derecho criminal dictado en la real Universidad de Pisa. Parte Especial. Volumen VI*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1947. Págs., 119-120. Siguiendo a éste autor, TORRES FERNÁNDEZ afirma que “el fundamento de la existencia de una categoría diferenciada de delitos contra el orden público lo podemos encontrar en la obra de penalistas del siglo pasado, ligada a la distinción entre el daño inmediato y mediato del delito. Carrara entiende que todo delito contiene un aspecto político, representado por la disminución del sentimiento de seguridad de todos los ciudadanos. Tal disminución constituye el daño mediato de todo delito. En ese sentido todos los delitos pueden considerarse lesivos para la tranquilidad pública. Pero existe una categoría de delitos, denominados delitos contra la tranquilidad pública, y definidos precisamente porque la ofensa a esa tranquilidad procede de las condiciones intrínsecas del hecho mismo y de él surge un sentimiento de peligro por sus posibles consecuencias. Es ése el daño inmediato del delito, diferente del daño representado por el temor que produce cualquier delito ante su posible repetición. También Filangieri habla de una categoría de delitos, esta vez bajo la denominación de delitos contra el orden público, en la que el mal inmediato del delito es la turbación del orden público a diferencia de los restantes delitos, que, no obstante turbarlo también, no se dirigen inmediatamente a ese fin... Desde este enfoque, lo característico de los delitos contra el orden público es que su comisión produce directamente una conmoción social consistente en la alteración de la tranquilidad, la seguridad pública o el orden social” en *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español... Op. cit.*, Págs., 51-52. “Una Constitución es la determinación del organismo político civil, económico y social de un pueblo. Las instituciones proclamadas y los Poderes públicos en ella establecidos no son en realidad sino los medios escogidos, en conformidad con el supremo principio de la justicia, para tutelar y proteger los derechos inherentes a la personalidad humana. Lo público y lo privado, lo colectivo y lo individual, lo general y lo particular, armonizado en provecho común en las Constituciones políticas, pueden sin embargo, en la realidad de la vida aparecer frente a frente, ocasionando violentas colisiones que lleguen a turbar la paz pública y hasta poner en peligro la existencia misma de las instituciones. Cuando esto sucede el estado jurídico se altera, y el derecho que tiene todo ciudadano a la *tranquilidad pública* sufre, se menoscaba o se destruye. Ahora bien; la lesión de este derecho es la fuente de los verdaderos delitos contra el orden público. El Tribunal Supremo así lo ha reconocido, declarando que no puede considerarse como delito contra el orden público el que no produce alarma entre los vecinos de una población (Sentencia de 31 de diciembre de 1875). Importa no confundir, sin embargo, la que todo delito engendra con la que es característica de los de rebelión y sedición. En cada hecho punible, diferentes veces lo hemos dado a entender, hay dos males que lamentar. El daño que el delito produjo directamente o debió naturalmente producir, atendiendo el fin que se proponía su autor al ejecutar la acción, a que llaman los expositores de derecho penal *daño inmediato*. Y el que en el ánimo de todos suscita el temor y la inquietud natural de que semejantes hechos puedan repetirse en la sociedad, siendo de ellos víctimas nuevas personas, al cual se ha dado a su vez el nombre de *daño mediato*. Pues lo que caracteriza a los delitos de rebelión y a todos los delitos contra el orden público, es que en ellos la

Como ya dijera FILANGIERI, “todos los delitos turban el orden público; pero no todos se dirigen inmediatamente a este fin. Todos los pactos sociales que nos obligan a respetar el honor, la propiedad y la vida de los ciudadanos, tienen influjo en el orden público; pero este influjo no es tan inmediato ni tan directo como el de los pactos que nos obligan a no turbar o violar la justicia pública; la tranquilidad pública; el comercio público; el erario público; la salud pública; la continencia pública; la policía pública; el derecho político, o sea las leyes fundamentales que arreglan la Constitución del gobierno [el orden político, jurídico, social y económico]. En la violación de los primeros se turba el orden público, porque se turba el orden privado; y en la violación de los demás se turba el orden privado, porque se turba el orden público. En unos es este, por decirlo así, un mal de consecuencia, y en otros es un mal de principio. No colocaremos pues en esta clase más que los delitos que turban o violan inmediatamente el orden público”⁴¹⁵.

alarma no constituye el daño *mediato*, sino el *inmediato*. El dolor, la ansiedad, la inquietud, el sufrimiento, la angustia que causan no es hija del temor de que actos semejantes puedan repetirse; no es por lo que pueda en lo porvenir acontecer, sino por lo que está sucediendo, por el peligro actual; la lucha de la fuerza privada contra la fuerza pública turba y conmueve los ánimos más serenos, pone las más veces en peligro la vida y la fortuna de los ciudadanos y en todas su seguridad personal y su tranquilidad moral. La rebelión, justiciable por su fin, lo es además por los males anejos a los medios violentos de que se sirve. El legislador tiene en esta clase de hechos que atender a dos diversos órdenes de ideas para incriminarlos y castigarlos; debe tomar en cuenta los altos objetos contra que se dirigen y los daños probables o posibles contra las personas y las cosas que llevan consigo. Consecuencias reales, aunque no intencionales del delito, pueden ser, por ejemplo, el incendio, el homicidio, las lesiones. Pero aunque no lo sean, no se ha de decir que no ha existido *daño inmediato*, porque basta que esas consecuencias estén *potencialmente* contenidas en el ejercicio de los medios violentos empleados para que el daño inmediato se determine, puesto que tales medios naturalmente conducen, hasta a despecho de los autores de la rebelión, a tan desastrosos resultados. Así el daño potencial basta para constituir la perfecta infracción del derecho y para justificar la aplicación de la plenitud de la pena; no siendo necesaria la consumación de la acción, tal como el delincuente la había ideado, para que el mayor rigor del castigo caiga sobre él. Cuanto sobre este punto dijimos al hablar de los delitos contra la forma de Gobierno, tiene ahora también aplicación. Si estos delitos no se castigasen con el máximo de la penalidad, sino cuando los resultados alcanzasen sus depravados intentos, no se castigarían nunca, porque precisamente entonces es cuando la victoria de la fuerza sobre el derecho hace imposible la recta y rigurosa aplicación de las leyes. Cuando la rebelión estalla, el delito en relación a su *objetividad jurídica* está completo, por más que no lo estará bajo su *objetividad ideológica*, sino cuando el agente llega a conseguir el fin a que aspiraba. Alzarse contra el Gobierno *para conseguir* determinados objetivos, es lo que constituye la materia íntegra de la rebelión. No es necesario que esos objetivos se consigan; basta que el alzamiento exista, que reúna ciertas condiciones y que vaya encaminado a alcanzarlos. Por eso algunos expositores de derecho penal llaman, no sin razón, a esta clase de acciones punibles delitos formales, en oposición a aquellos otros, cuya consumación requiere la pérdida real del bien a que el derecho atacado se refiere, a los cuales distinguen con el nombre de delitos materiales”. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo III*. 2ª edición, corregida y aumentada (establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García). Madrid, 1911. Págs., 594-597.

⁴¹⁵ Vid., FILANGIERI, C.: *Ciencia de la Legislación (Traducción por Don Juan Rivera)*. Tomo IV. Imprenta de D. Fermín Villapando, impresor de Cámara de S.M. Madrid, 1821. Pág., 206.

Desde este enfoque, lo característico de los delitos contra el orden público es que su comisión produce directamente una conmoción social consistente en la alteración de la tranquilidad, la seguridad pública o el orden social; que es precisamente lo que persiguen con su conducta los okupas. Parafraseando a GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA podemos afirmar que si estos delitos no se castigasen, sino cuando los resultados alcanzasen sus intentos (alteración del orden político, jurídico, social y económico al margen de las vías legales), no se castigarían nunca, porque precisamente entonces es cuando la victoria de la fuerza sobre el derecho hace imposible la recta aplicación de las leyes. Cuando se produce la okupación del inmueble, o el mantenimiento en el mismo en contra de la voluntad del titular, el delito en relación a su *objetividad jurídica* está completo, por más que no lo estará bajo su *objetividad ideológica*, sino cuando los autores lleguen a conseguir el fin a que aspiraban⁴¹⁶.

Si hasta los autores que preconizan la eliminación de este tipo penal, como FERNÁNDEZ APARICIO, reconocen que “*los fenómenos de ocupación suelen provocar una cierta alarma social*” ha de concluirse que es porque tales conductas afectan a la seguridad ciudadana y el orden público⁴¹⁷. No sólo ha de concebirse la alarma social, en palabras de ACOSTA GALLO como “aquello que se tiene por intolerable”⁴¹⁸, sino que ha de identificarse, en un sentido jurídico, como expone la Circular 2/1980, de 14 de mayo, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, sobre la nueva regulación de la prisión preventiva, con supuestos que atentan contra la seguridad ciudadana; al considerar “necesario que todos colaboremos a restablecer la tranquilidad de los españoles en su diario quehacer y a garantizar en la calle, en los comercios, en los centros de trabajo y en el hogar, tanto de día como de noche, una confianza de seguridad que se ha perdido o debilitado... en aquellos casos que... tanto están dañando la paz pública que requieren los españoles... pero entre la colisión de derechos que las circunstancias plantean con el de la vida, la dignidad y la seguridad ciudadana son éstos los que deben primar atendidas las

⁴¹⁶ Vid., GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo III... Op. cit.*, Pág., 597; TORRES FERNÁNDEZ, M^a.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español... Op. cit.*, Pág., 52.

⁴¹⁷ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317.

⁴¹⁸ ACOSTA GALLO, P.: << La necesaria redefinición jurídico política de los conceptos de seguridad nacional y orden público >> en *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno. Grupo de trabajo 09: Democracia, seguridad nacional y políticas públicas*. [www.aecpa.es/uploads/files/...07/.../ACOSTA-GALLO-Pablo\(UJRC\).pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/...07/.../ACOSTA-GALLO-Pablo(UJRC).pdf). Pág., 2.

circunstancias, pues, como ya se decía en la Orden Ministerial de 10 de diciembre de 1933, el derecho a la libertad personal, consagrado como uno de los fundamentales en las Constituciones de los pueblos modernos, sólo cede y puede someterse a restricciones en cuanto pugnen con los intereses generales de la sociedad, que viene obligado a salvaguardar el Estado”, y ello hasta en relación a “aquellos delincuentes que perturbando con la multiplicación de acciones dañosas la seguridad ciudadana no alcanzaban, de otra parte, por la objetiva categoría penal de aquéllas, el grado individual de gravedad determinante de la inmediata privación de libertad para los sujetos”, incluyendo supuestos como “las sustracciones de automóviles, los actos de mero "gamberrismo", sin otro móvil que el morboso de la humillación del prójimo...”. Esta conducta de “okupismo” genera alarma social e impide, por tanto, que exista seguridad ciudadana. Al existir una relación de medio a fin entre orden público y seguridad ciudadana, no puede existir ésta si se ve turbado aquél. Es presupuesto indispensable para la consecución de un estado de seguridad ciudadana el orden y tranquilidad exterior. Y no puede haber orden y tranquilidad exterior (orden público material) si existe conflicto, desafío, cambio, acción colectiva (tumultuaria) con la intención de promover (en un Estado Social y Democrático de Derecho) al margen de la vías legales cambios en el orden político, económico, social y jurídico, atentando directamente contra la propiedad privada. Como ya expusimos la seguridad ciudadana no sólo es un estado material sino personal, como sensación personal de seguridad por parte del ciudadano, la cual difícilmente puede existir si en la ciudadanía existe una percepción generalizada de alarma social. Se hace pues necesaria la tipificación de la ocupación pacífica para el mantenimiento del orden público material como presupuesto indispensable para la consecución de un estado de seguridad ciudadana, ya que sólo cuando existe orden y tranquilidad exterior es posible alcanzar esta última como situación real y personal⁴¹⁹.

⁴¹⁹ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317; ACOSTA GALLO, P.: << La necesaria redefinición jurídico política de los conceptos de seguridad nacional y orden público >> en *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno. Grupo de trabajo 09: Democracia, seguridad nacional y políticas públicas*. [www.aecpa.es/uploads/files/...07/.../ACOSTA-GALLO-Pablo\(UJRC\).pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/...07/.../ACOSTA-GALLO-Pablo(UJRC).pdf). Pág., 2; *Circular 2/1980, de 14 de mayo, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, sobre la nueva regulación de la prisión preventiva*. “Así para una serie de autores, que quizás pueden enmarcarse en esa genérica noción de uso denominada doctrina mayoritaria, aquel tipo [art. 245.2 CP] no hace sino responder a la necesidad del legislador de castigar la conducta estudiada, desde el momento en que aquella suscita una suerte de *alarma social*... No puede dejar de recordarse que la alarma social sería, además, posteriormente ratificada, al generar la criminalización un mayor número de desalojos (cada vez más espectaculares) y con ello, la consiguiente cadena de represión, violencia,

disturbios...”. OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >> en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*. Nº 54, Estudios, Noviembre 2005. Pág., 67. Consideramos que existe alarma social si llega a existir miedo a denunciar: “La situación está siendo preocupante, por cuanto los representantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nos trasladaron en la citada Comisión [Comisión Provincial de Policía Judicial que se reunió el 31 de mayo de 2011 en la Audiencia Provincial de Alicante] que los vecinos de estas personas [okupas], tanto en régimen de comunidad de propietarios o de vecindad simplemente, no se atrevían a denunciar el estado de ocupación ilegal por temor a represalias”. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Nº 85, septiembre de 2011, Año 8, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer. Pág., 88. “Pero no solo los vecinos están alarmados... En el mismo barrio, M^a.C E. pelea a diario con un grupo de personas que han ocupado un piso frente a la puerta de su madre. “La tienen rodeada, la mujer tiene miedo de salir de casa por si se los encuentra en el rellano”, cuenta M^a.C. en susurros para no alertar a los habitantes del piso ocupado. “Llevamos ya más de dos años así, se van unos y vienen otros, pero ninguno se comporta civilizadamente”, asegura. “Lo destrozan todo y encima no pagan la comunidad. Así que tenemos que pagar nosotros las derramas para arreglar sus propios desastres”, lamenta la madre de M^a.C., que no quiere dar su nombre por temor a represalias de sus vecinos. Ella se ha propuesto resistir, pero en otros puntos de Madrid se han dado por vencidos: “Conozco gente de mi barrio que ha tenido que irse de su casa porque ya no aguantaba más las amenazas de los ocupantes. Y como viven allí ilegalmente no hay forma de reclamarles nada”, explica M.M., presidente de la asociación de residentes de Los Pinos de San Agustín (Vallecas). Los movimientos ciudadanos están convencidos de que el origen de todos estos problemas está en los desahucios: “Se echa de sus casas a gente de bien que pasa malas rachas, y acaban ocupándolas personas que hacen la vida imposible al resto”, opina E.S., representante de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca”. TOLEDO, M.: << Proliferan las mafias que ocupan pisos desahuciados en Madrid y los alquilan para hacer negocio >> en *www.20minutos.es. Tu ciudad. Madrid. 11/12/2012*. <http://www.20minutos.es/noticia/1668501/0/pisos-desahucio/alquiler-vivienda/negociomafias/#xtor=AD-15&xts=467263>. En relación al concepto de alarma social, dice la Audiencia Provincial de Córdoba, A 21-5-2002, nº 45/2002, rec. 66/2002, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2002/33896): “... alarma social, la inicial dificultad que se plantea es la de dar concreción jurídica a un concepto no ya indeterminado en términos jurídicos, sino incluso extraordinariamente difuso en su aceptación ordinaria. Ya la circular 2/80 de la Fiscalía del T.S, intentó identificarlo con supuestos que atienden contra seguridad ciudadana, pero en cualquier caso conviene no confundir tal alarma con el reflejo que los hechos puedan tener en los medios de comunicación social. A este respecto resulta apreciablemente interesante lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos en la referida demanda número 17437/90, referida a España, ya que efectúa un análisis de este concepto desde una perspectiva alejada y de asimilación y homologación con otros sistemas jurídicos de los que conviven en nuestro legítimo perseguido es la preservación del orden público por la turbación social causada por las infracciones que se imputan y, al respecto, estima que considera como pertinente y suficiente en el caso de que se apoye en hechos adecuados para mostrar que la puesta en libertad perturbaría o alteraría realmente el orden público (asunto Letellier de 26-6-91, párrafo 51)”. Reitera y amplía lo manifestado la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 2^a, A 6-6-2003, nº 92/2003, rec. 109/2003, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2003/72146): “... alarma social, la inicial dificultad que se plantea es la de dar concreción jurídica a un concepto no ya indeterminado en términos jurídicos, sino incluso extraordinariamente difuso en su aceptación ordinaria. Ya la circular 2/80 de la Fiscalía del T.S. intentó identificarlo con supuestos que atienden contra la seguridad ciudadana, pero en cualquier caso conviene no confundir tal alarma con el reflejo que los hechos puedan tener en los medios de comunicación social. A este respecto resulta apreciable interesante lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos en la referida demanda número 17437/90, referida a España, ya que efectúa un análisis de este concepto desde una perspectiva alejada y de asimilación y homologación con otros sistemas jurídicos de los que conviven en nuestro mismo entorno jurídico-cultural. La Comisión interpreta que estos casos el fin legítimo perseguido es la preservación del orden público por la turbación social causada por las infracciones que se imputan y, al respecto, estima que esta turbación del orden público causado por una infracción puede ser considerada como pertinente y suficiente en el caso de que se apoye en hechos adecuados para mostrar que la puesta en libertad perturbaría o alteraría realmente el orden público (asunto Letellier de 26/6/91, párrafo 51). Tanto en éste último asunto como en el Kesumache contra Francia el 27/11/91 (párrafo 52) el tribunal admite que por la particular gravedad de unos hechos y por la reacción que en la sociedad puede suscitar la comisión de determinados delitos puede llegarse a producir una alarma social que justifique una privación de libertad provisional, al menos durante cierto tiempo, pero que únicamente excepcionalmente será de acuerdo al

1.4.6.- TESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PATRIMONIO INMOBILIARIO, ORDEN PÚBLICO, Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO

No constituye misión inexcusable del legislador atribuir una designación correcta a las rúbricas que encabezan los títulos, capítulos o secciones que agrupan las infracciones penales en orden a su naturaleza y de conformidad con el bien jurídico protegido. Circunstancia que tampoco puede obviar la labor del estudioso del Derecho penal que, con una actitud crítica, ha de determinar adecuadamente el bien o interés que se proteja en cada caso.

Partiendo de la idea de que cada una de las figuras delictivas que integran los delitos contra el patrimonio tratan de proteger alguno o algunos de los elementos patrimoniales que lo componen y no al patrimonio entendido en su globalidad (como conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero), en el caso que nos ocupa, como ya hemos expuesto, se pretende proteger el patrimonio inmobiliario.

Siguiendo a HUERTA TOCILDO “la usurpación no es sino una forma de ataque contra el patrimonio inmobiliario”, por lo que el bien jurídico protegido sería “el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en

Convenio en cuanto esté expresamente reconocido por una norma de Derecho internacional y se apoya sobre hechos de los que claramente se desprende que en caso de puesta en libertad se llegará a producir realmente una alteración de orden público. Ni el TEDH ni la Comisión admiten que el Juez se limite a hacer un mero análisis abstracto y así en la demanda núm. 17437/90 referida, se indica, “la comisión constata que los jueces de instrucción... han examinado de una manera puramente abstracta la necesidad de mantener la privación de libertad, limitándose a recordar la gravedad de los hechos objeto de reproche sin apoyarse en otras circunstancias tales como la actitud o conducta que los acusados puedan tener una vez puestos en libertad para sostener la existencia de un peligro de perturbación del orden público”. Esta objeción de alegación genérica e inconcreta alarma social como uno de los fundamentos de la prisión preventiva es aplicable a la resolución del instructor que se discute, lo que provoca, que de acuerdo a la doctrina jurisprudencial anteriormente alegada, a juicio de la Sala no sea suficiente para justificar el mantenimiento de la prisión de manera incondicional”. “Definimos [al movimiento okupa] como movimiento social... desde el momento en que aquel reúne los rasgos que se consideran fundamentales para tal definición, es decir: conflicto desafío, cambio y acción colectiva (González, 2005) y ello, desde el momento en que la práctica de la ocupación de inmuebles puede ser caracterizada, sintéticamente, como aquel conjunto de acciones no institucionales, realizadas colectivamente, cuyo objeto principal se centra en el acceso directo a un bien escaso (la vivienda y los espacios de sociabilidad) y su defensa legítima, con la intención de promover cambios (Martínez, 2002)”. OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... *Op. cit.*, Pág., 51.

el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos”, lo que consideramos supone que el tipo penal protege:

- al poseedor cuya posesión deriva del dominio,
- a cualquier poseedor de hecho, y
- al dueño aunque no tenga la posesión como hecho (poseedor mediato)⁴²⁰.

Ahora bien, el tipo penal no agota el desvalor de la conducta en los ataques al patrimonio inmobiliario si como afirmamos nos encontramos ante un delito pluriofensivo. A veces se ha querido ver en estos delitos más que un ataque a la relación patrimonial entre el sujeto y los bienes, un ataque a los medios de prueba de dicha relación, constituyéndose en una especie de delito contra la fe pública⁴²¹.

⁴²⁰ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* Op. cit., Pág., 74; ROBLEDO VILLAR, A.: *Delitos contra el Patrimonio y el Orden socioeconómico. Comentario a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal...* Op. cit., Págs., 8-9; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996. Pág., 352.

⁴²¹ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág., 198. “Se ha querido también ver en esta figura [usurpación violenta, art. 517 CP 1973] un ataque a los medios de prueba, pero el alcance del artículo... queda restringido a las simples vías de hecho que no logran tener la relevante significación de otros tipos delictivos a efectos de lesionar los medios de prueba de la propiedad inmobiliaria”. PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO)... Op. cit., Pág., 201. “Otros autores han apuntado también la existencia de un ataque a los medios de prueba establecidos sobre la titularidad de los inmuebles, pero en realidad el alcance del actual art. 245 y su precedente 517 queda restringido a las vías de hecho y las violencias que no logran por cuestiones ajenas a la conducta la significación que en otros tipos delictivos se produce desde el punto de vista de la intensidad e importancia del ataque patrimonial”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >>... Op. cit., Pág., 1674. “Violazioni di diritti su beni immobili. Si tratta di sei norme incriminatrici che riguardano esclusivamente beni immobili, dei quali mirano a tutelare la proprietà o il possesso. Le figure delittuose hanno carattere episodico e frammentario e la protezione penale è limitata soltanto ad alcuni attentati, perchè per gli altri il legislatore ha ritenuto sufficienti le sanzioni civil... Rimozione o alterazione di termini (art. 631). Il delitto, che nel codice è designato con la rubrica imprecisa e poca esatta di "usurpazione", consiste nel fatto di colui che "per appropriarsi, in tutto o in parte, l'altrui cosa immobile, ne rimuove o altera i termini". La norma incriminatrice mira a tutelare in genere l'inviolabilità del patrimonio immobiliare e in particolare "l'integrità delle terminazioni fondiari", come è detto nella Relazione ministeriale sul Progetto definitivo. Siccome, peraltro, in realtà, il delitto, più che ledere i diritti patrimoniali, costituisce un attacco ai mezzi di prova, varie legislazioni, compreso il recente codice svizzero (art. 256), lo collocano tra i reati contro la fede pubblica”. ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale I*. Dott. A. Giuffrè Editore, 5ª edizione riveduta e aggiornata. Milano, 1966. Pág., 293. “Dado que en el artículo 631 del Código penal italiano, la apropiación de la cosa por parte del no propietario se consigue a través de una modificación de los términos, es decir, a través de una alteración de los medios probatorios, ANTOLISEI considera que el delito en examen, más que lesionar los derechos patrimoniales, constituye un ataque a los medios de prueba, lo que justifica su inclusión por parte de algunas legislaciones (concretamente, en el Código penal suizo) entre los "delitos contra la fe pública". Este punto de vista no puede compartirse a la vista del artículo 517 de nuestro Código penal, ya que la modalidad de conducta

Sostenemos que en esta figura delictiva se pretende proteger, asimismo, la seguridad del tráfico jurídico en relación con los bienes inmuebles (que posesión de hecho y derecho a poseer sean las dos caras de la misma moneda). La posesión es una emanación del derecho que se tiene sobre una cosa; si bien adquiere una relevancia jurídica propia porque el ordenamiento jurídico contempla aquel señorío o poder de hecho sobre la cosa (posesión como poder de hecho) desvinculado del derecho. Se fija en la situación jurídica (por los efectos que le atribuye) en la que aparece una persona en una relación fáctica con la cosa. La posesión sería la cara visible de una moneda cuya otra cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión. El ordenamiento jurídico, al contemplar la posesión, centra su atención en la cara visible, sin averiguar si la moneda tiene efectivamente otra cara (el derecho) o se halla en blanco (se posee sin derecho alguno de donde provenga nuestra posesión). Existe un interés social (función legitimadora o de legitimación de la posesión) en virtud del cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros puedan confiar en dicha apariencia. En consecuencia, bajo el prisma de la función legitimadora, diríamos que la posesión es la situación jurídica que legitima a una persona en virtud de la apariencia para ejercitar el derecho que dicha apariencia manifiesta o publica, o permite a los terceros confiar en ella. Ese interés que la sociedad tiene en salvaguardar esa confianza que la apariencia manifiesta, y por tanto que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular) y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica, es protegido por el Derecho penal en este tipo delictivo; ya

consistente en ocupar con violencia un inmueble es claramente típica, a pesar de que con ella no se produzca alteración alguna en los medios de prueba del derecho real de propiedad, (especialmente si éste está inscrito en el Registro) o de cualquier otro derecho real sobre el inmueble *erga omnes*. Lo que no excluye la posibilidad de que, junto al ataque patrimonial, se dé un atentado contra la fe pública en el caso de que, por ejemplo, el usurpador falsificare un asiento registral o hiciese cualquier modificación en la inscripción de un derecho, con la finalidad de que su usurpación revistiere una apariencia de legalidad. Ello no obstante, lo que en verdad experimenta el sujeto pasivo de una usurpación es una merma en su capacidad de uso y disfrute de la cosa inmueble o derecho real sobre la misma, un daño económicamente evaluable, un perjuicio patrimonial. Es evidente, pues, que el delito de usurpación, en nuestro derecho, supone un ataque al patrimonio inmobiliario y no necesariamente a los medios de prueba, por lo que estimo correcta su inclusión en el Título XIII del Código penal”. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.* Págs., 75-76.

que hasta el despojante es protegido por el ordenamiento jurídico aunque “en la otra cara de la moneda” no exista derecho alguno⁴²².

⁴²² DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I. Derechos reales en general*. Ed. Tecnos, 8ª edición. Madrid, 2012. Págs. 83-84. “La función de legitimación que la posesión otorga. Se alude con ello no a las condiciones o requisitos necesarios para ostentar la titularidad de un derecho, sino a las condiciones y requisitos necesarios para poder presentarse exteriormente como titular de tal derecho y ejercerlo... La función de legitimación significa que determinadas situaciones de exterior comportamiento respecto de una cosa, permiten que una persona pueda ser considerada como titular de un derecho sobre ella y que pueda por consiguiente ejercitar sobre tal cosa las facultades derivadas de dicho derecho, sin otra base que la apariencia y, por tanto, sin necesidad de probar la verdadera titularidad. Los terceros pueden, a su vez, confiar en la apariencia y los negocios jurídicos fundados en tal apariencia son en principio válidos y eficaces o, por lo menos, reciben una cierta protección. Este doble efecto de la función de legitimación de la posesión se encuentra en nuestro Derecho positivo consagrado en los artículos 448 y 464 CC. Con arreglo al primero de los mencionados preceptos, “el poseedor en concepto de dueño tiene la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo”. Deriva de la posesión la presunción de que el poseedor ostenta la titularidad sobre la cosa... La función de legitimación conduce... [a otro de los] efectos que la posesión determina y que consiste en su conversión en dominio o en titularidad jurídico-real, mediante la usucapión, cuando la posesión ha subsistido quieta, pacífica e ininterrumpidamente durante el lapso de tiempo establecido por la ley”. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión...* Op. cit., Págs., 624-625. “En opinión de IHERING, la posesión se protege como una exteriorización de la propiedad. La posesión, dice IHERING, es “el ejercicio de la propiedad” o, por lo menos, “una propiedad probable o presunta”. En definitiva, la protección de la posesión es un complemento necesario de la protección de la propiedad. Se produce una facilitación de la prueba en favor del propietario, exonerándole de demostrar su título por el mero hecho de ser poseedor, aunque ello obligue a favorecer en ocasiones a los no propietarios. Este punto de vista, no carente de agudeza, es sin embargo unilateral. Si la posesión se protege como *imago dominii* o como presunción de la propiedad, ello explicaría la defensa concedida a los poseedores que lo son a título de dueño o en concepto de dueño, aunque efectivamente no sean propietarios. Sin embargo, la protección posesoria, especialmente bajo su forma inmediata de defensa interdictal, es mucho más amplia, pues alcanza a todas aquellas situaciones que confieren de algún modo una situación *de facto* respecto de una cosa. Por ejemplo: el arrendatario resulta protegido por una acción interdictal y es claro que no puede decirse que en el arrendamiento haya *imago dominii*. En un sentido más amplio, la figura de la posesión ha sido encuadrada dentro del marco general de la protección de la apariencia jurídica. La posesión es siempre una forma de apariencia jurídica. El hecho posesorio suscita en los demás la representación o la creencia en la existencia de una titularidad o de un derecho, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Quien posee hace creer que tiene un derecho que justifica su posesión. Puede ser un *ius in re aliena* (v. gr., usufructo) o, incluso, un derecho de naturaleza personal (v. gr., comodato). La protección de la posesión es así una forma de aplicación de la idea o principio general de la protección de la apariencia jurídica. Esta última idea se expresa diciendo que el ordenamiento debe proteger la publicidad que la apariencia determina, sobre todo en la medida en que los terceros pueden lícitamente confiar en ella. Cuando el titular aparente no es el titular real existe una cierta responsabilidad de este último, puesto que, aunque sea por pura omisión, ha hecho posible la creación de tal apariencia de manera que ésta debe valer frente a él. No puede negarse la estrecha relación que existe entre el fenómeno posesorio y la idea general de apariencia jurídica. Es verdad que la posesión engendra una *apparientia iuris* y una forma de publicidad socialmente reconocible de los derechos que recaen sobre cosas. Ahora bien, la protección de la posesión va más allá de la protección de la apariencia y determina unas consecuencias jurídicas que esta última por sí sola no podría justificar. Los principios generales sobre protección de la apariencia jurídica justifican lo que más arriba hemos llamado la función de legitimación de la posesión, pero no explican la defensa posesoria estricta o defensa interdictal. Frente a un despojo o frente a una perturbación, el ordenamiento jurídico reacciona por razones de orden diverso a las de pura protección de la apariencia, que sólo se encontrarían justificadas para defender no al poseedor, por el hecho de serlo, sino a los terceros que han confiado en la apariencia y por consiguiente al poseedor sólo en la medida en que sea o haya sido en algún momento anterior uno de tales terceros”. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión...* Op. cit., Págs., 629-630.

En definitiva, se trata de proteger la seguridad del tráfico en relación a los bienes inmuebles (de valor e importancia muy superior, normalmente, a los bienes muebles) de tal manera que posesión de hecho y derecho a poseer coincidan en la misma persona; y ello porque existe en nuestro ordenamiento jurídico la presunción de que el poseedor de una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, es el titular del derecho en cuyo concepto posee (art. 448 CC), y porque hasta el despojante es jurídicamente protegido (art 441 y 446 CC)⁴²³.

Consideramos que en este delito se produce un ataque a la fe pública o seguridad del tráfico inmobiliario. Precisamente lo que pretende el legislador al sancionar tal conducta en el artículo 245.2 CP (aunque no concurra violencia ni intimidación) es, además de proteger el patrimonio inmobiliario y el orden público, salvaguardar la función legitimadora de la posesión, protegiendo los efectos beneficiosos de la misma y tratando de impedir mediante la persuasión de la conducta por el temor a la pena la producción de los indeseables.

La función de legitimación significa que determinadas situaciones de exterior comportamiento respecto de una cosa, permiten que una persona pueda ser considerada como titular de un derecho sobre ella y que pueda por consiguiente ejercitar sobre tal cosa las facultades derivadas de dicho derecho, sin otra base que la apariencia y, por tanto, sin necesidad de probar la verdadera titularidad. Los terceros pueden, a su vez, confiar en la apariencia y los negocios jurídicos fundados en tal apariencia son en principio válidos y eficaces o, por lo menos, reciben una cierta protección. Éste, podíamos considerar que es el efecto beneficioso de la función legitimadora de la posesión que permite agilizar el tráfico jurídico en virtud de la apariencia.

⁴²³ Dispone el artículo 448 del Código Civil: “El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo”. Por su parte, el artículo 441: “En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente”. Finalmente, el artículo 446: “Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”.

La sociedad, pues, está interesada en salvaguardar esa confianza que la apariencia manifiesta, y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica, razón por la que se tipifica la ocupación pacífica de bienes inmuebles.

Esta función legitimadora o de legitimación de la posesión viene legalmente reconocida en el artículo 448 del Código Civil, según el cual, “*el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo*”. Ello supone que el poseedor de una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, se presume que es el titular del derecho en cuyo concepto posee. No se reduce la presunción a la posesión en concepto de titular del derecho de propiedad sobre lo poseído, sino que alcanza a la posesión en concepto de titular de cualquier otro derecho. Así, si posee como dueño, se presume que lo es, si como usufructuario, se presume que tiene un derecho de usufructo sobre la cosa⁴²⁴.

La presunción de ser titular del derecho que sea, se basa en la posesión del mismo en concepto de ser titular de él, y una consecuencia legal de esa función legitimadora o de legitimación de la posesión la encontrábamos en el artículo 13.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, según el cual era posible la adquisición *a non domino* de un derecho de arrendamiento, al establecer el referido artículo que “*durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1*”. Tras la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, también se prevé esa posibilidad de la adquisición *a non domino* de un derecho de arrendamiento al disponer el artículo 9.4 que “*Tratándose de finca no inscrita, también durarán tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de*

⁴²⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 11ª edición, revisada y puesta al día por Encarna Cordero Lobato. Madrid, 2010. Págs., 53-54; DíEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I. Derechos reales en general...* Op. cit., Págs., 83-84; DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión...* Op. cit., Págs., 624-625.

la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo. Si el arrendador enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.571 del Código Civil. Si fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado artículo 1.571 del Código Civil, además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados”.

El efecto indeseable de la función legitimadora (que se produzcan adquisiciones *a non domino* confiando en la apariencia posesoria) es el que se trata de evitar con la sanción de la conducta; de tal manera que exista una seguridad en el tráfico jurídico y que “las dos caras de la misma moneda” coincidan; que el *verus dominus* y quien ostenta la apariencia de titularidad sean una misma persona⁴²⁵.

⁴²⁵ V. gr.: En virtud de la función legitimadora de la posesión, un ocupa de un inmueble que posee el mismo como dueño, se presume que es el titular del derecho en cuyo concepto posee (propiedad). Si dicho ocupa realiza un contrato de arrendamiento con una tercera persona, el legítimo titular del inmueble se podría ver obligado a soportar dicho arrendamiento por cinco años; en la actualidad, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de vivienda, se podría seguir viendo obligado a soportarlo aunque sólo por tres años. A fin de evitar situaciones indeseables como la anteriormente expuesta, se considera necesario tipificar esta conducta en tanto que la sociedad tiene un interés en que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular), lo cual se ve truncado por la ocupación. Situación ésta que no es un caso de laboratorio sino que se da en la realidad y que además ha ido en aumento: “La proliferación de pisos vacíos por desahucios ha despertado la picaresca de los grupos de delincuencia organizada en Madrid. En los últimos meses están apareciendo mafias especializadas en hacer negocio con viviendas desahuciadas: pegan la patada a la puerta, se cuelan en el interior, ocupan el piso y, a continuación, se hacen pasar por sus legítimos propietarios para alquilárselo. En algunos casos llegan a pedir hasta 500 euros, según relatan vecinos, administradores de fincas y fuentes policiales. La Asociación de Vecinos de San Cristóbal de los Ángeles (Villaverde) ha lanzado la voz de alarma sobre la acción de estas mafias. “Lo detectamos hace unos meses y hemos pedido que tomen cartas en el asunto todos los responsables: los bancos, que deberían vigilar los pisos que desahucian para que nadie los ocupe; la Delegación del Gobierno, que debería perseguir a estos grupos; y la Comunidad de Madrid, que es quien tiene las competencias en vivienda”, explica la presidenta de la asociación vecinal, M.P.M. Pero no solo los vecinos están alarmados. Según fuentes policiales, “de momento no es algo generalizado, son casos aislados en algunos barrios con mayor marginalidad, pero es cierto que ocurre y hay que atajarlo para que no vaya a más”. También preocupa a los administradores de fincas, ya que estas ocupaciones causan molestias al resto de vecinos de las escaleras donde se instalan. El abogado Adolfo Calvo-Parra (que, además, es secretario técnico del Colegio de Administradores de Fincas) está “defendiendo dos asuntos penales y uno civil ante los juzgados de Madrid” contra “una organización de personas que se dedica a ocupar los pisos vacíos procedentes de desahucios para proceder a su arrendamiento a terceras personas, que ignoran totalmente que quien les está arrendando el piso no es su propietario”. Sus tres casos judiciales se refieren a familias de San Cristóbal, el barrio de la capital donde más asentadas están estas mafias. Allí “hay cerca de 500 pisos alquilados ilegalmente”, según cálculos de Mata. Pero la Federación Regional de Vecinos de Madrid (Fravm) tiene constancia de más casos en Alto del Arenal y Entrevías (Puente de Vallecas) y en Alto de San Isidro y Comillas (Carabanchel)”. TOLEDO, M.: << Proliferan las mafias que ocupan pisos desahuciados en Madrid y los alquilan para hacer negocio >> en www.20minutos.es. *Tu ciudad. Madrid*. 11/12/2012. <http://www.20minutos.es/noticia/1668501/0/pisos-desahucio/alquiler-vivienda/negociomafias/#xtor=AD-15&xts=467263>.

Otro supuesto de adquisición *a non domino*, que afecta a la seguridad jurídica, a la fe pública registral, perturbando la normal protección que el Registro de la Propiedad brinda al tercero hipotecario (art. 34 LH) para hacer inatacable su adquisición, y que puede dar lugar a la usucapión *contra tabulas* (art. 36 LH) es el siguiente: Nada impide que un ocupa esté poseyendo el inmueble ocupado en concepto de dueño y, en virtud de la función legitimadora de la posesión se presume que es titular del derecho en cuyo concepto posee. Al poseer como dueño se le presume que lo es y éste vende a un tercero el inmueble ocupado. Por su parte el *verus dominus*, que tiene inscrito su dominio en el Registro de la Propiedad, lo vende a su vez a otra persona, la cual, confiando en la publicidad que el Registro de la Propiedad ofrece, lo compra. La persona que adquirió el inmueble de quien ostentaba la apariencia de titularidad puede adquirir por prescripción adquisitiva ordinaria contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad en perjuicio de tercero hipotecario, si éste conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; y cuando, fuera del caso anterior, consienta dicha posesión, apta para la adquisición del dominio, de forma expresa o tácita, durante todo el año siguiente a la adquisición⁴²⁶.

⁴²⁶ Así establece el Tribunal Supremo, Sala 1ª Pleno, S 21-1-2014, nº 841/2013, rec. 916/2011, Pte: Salas Carceller, Antonio (EDJ 2014/7102): "Sobre ello consideramos que el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36, apartados I y II, de la Ley Hipotecaria de 1946 que regula los distintos supuestos de usucapión contra tabulas. La actual redacción del artículo 1949 es la originaria del año 1889 (como precedente directo cabe citar el artículo 1946-2º del Proyecto de 1851) y en dicho momento la norma estaba perfectamente coordinada con el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1869, que se mantuvo en el año 1909, mientras que la redacción actual del artículo 36 de la Ley Hipotecaria (que supone un cambio sustancial) arranca de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y se incorpora al Texto Refundido de 8 de febrero de 1946... El nuevo artículo 36 de la Ley Hipotecaria (texto vigente desde 1944) contempla dos situaciones distintas y contiene una regulación diferente de la anterior respecto de la prescripción adquisitiva frente al tercero registral; tales situaciones son: 1ª) La usucapión que se produce contra el titular inscrito mientras tiene lugar la posesión "ad usucapionem"; y 2ª) La que se produce frente al tercer adquirente de ese titular, que reúne las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En el primer caso, la solución viene a coincidir con la del anterior artículo 35 LH pues se dice ahora que "en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la condición de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil"; pero no sucede igual en el segundo supuesto para el que, sin distinción entre usucapión ordinaria y extraordinaria, se contiene una nueva regulación sobre la eficacia de la prescripción adquisitiva en perjuicio de tercero hipotecario, pues ahora no se exige que el usucapiente tenga inscripción alguna a su favor, sino que adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación posesoria "ad usucapionem". En tal caso prevalece contra el "tercero hipotecario" la prescripción adquisitiva ya consumada en el momento de la adquisición, o que pueda consumarse dentro del año siguiente, en dos supuestos: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; y b) Cuando, fuera del caso anterior, el "tercero hipotecario" consienta dicha posesión, apta para la adquisición del dominio, de forma expresa o tácita, durante todo el año siguiente a la adquisición. Se trata, en definitiva, de un nuevo régimen totalmente distinto del anterior en lo que afecta a la posición del "tercero hipotecario", que ha venido a sustituir en su integridad el previsto en el artículo 1949 del

Nos encontramos, pues, ante un nuevo efecto indeseable de la función legitimadora de la posesión (adquisición *a non domino* perturbando la normal

Código Civil, en cuanto que, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria... El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se refiere a la figura del llamado "tercero hipotecario" establece una serie de exigencias para la protección que dispensa con base en la inscripción registral, como son la adquisición a título oneroso, y de buena fe, de derecho del que resultaba ser titular registral el transmitente, que gozaba de la facultad de transmisión, siempre que el adquirente registre, a su vez, el derecho así adquirido". Disponen así los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria: Artículo 34.- *"El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente"*. Artículo 36.- *"Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente. b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a), o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente. La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpe en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total. En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil. Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo. La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero"*. En relación a la venta de casas okupadas: "Es un mercado poco conocido, pero existe. Y se extiende: la venta y alquiler de casas okupadas. Bandas organizadas ofrecen pisos vacíos (de familias que han sido desahuciadas o adquiridos por bancos, pero no habitados o, incluso, de protección oficial y aún no adjudicados) por un precio de venta de entre 1.000 y 2.000 euros. El alquiler sale, a la larga, más caro: por una cantidad que oscila entre los 200 y 400 euros mensuales, estos grupos aseguran la apertura de la puerta de la vivienda, agua y luz. Algunos tienen hasta calefacción. Y todo gratis. El nuevo inquilino no tiene por qué pagar la comunidad de vecinos. El alojamiento está asegurado hasta que un juzgado le expulse. Pueden pasar muchos meses, incluso años. La Federación de Asociación de Vecinos (FRAVM) sostiene que el fenómeno afecta sobre todo a los barrios del sur de la capital... Estas organizaciones delictivas no tienen un poder absoluto sobre una región, sino que son pequeños grupos que actúan por barrios. Y tienen sus tarifas: entre 200 y 500 euros por abrir la puerta de un piso vacío; entre 200 y 400 por el alquiler y entre 1.000 y 2.000 euros por la venta. En Madrid, esos grupos actúan sobre todo en el sur, en los distritos de Carabanchel, Villaverde, Usera, Arganzuela y Puente de Vallecas, según la Federación Regional de Asociaciones de Vecinos de Madrid (FRAVM). En esas zonas de la capital se concentran inmuebles de bancos que están desocupados y viviendas públicas de protección del Ivima y de la Empresa Municipal de la Vivienda (EMVS). En Madrid, hay unas 306.000 casas vacías, según datos de 2011 publicados por el Instituto Nacional de Estadística en abril de 2013. Pero no hay cifras sobre el número de ocupaciones ilegales. Nadie sabe cuántas son". BETIM, F.: << Se vende piso okupado por 1.000 euros >> en *El País. Madrid*. 23/01/2014. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/01/22/madrid/1390420420_296720.html.

protección que el Registro de la Propiedad brinda al tercero hipotecario) que se trata de evitar con la sanción de la conducta. Consideramos, pues, necesaria la tipificación de la ocupación para que exista una mayor seguridad en el tráfico jurídico, no se altere la fe pública, la posesión como hecho y el derecho a poseer coincidan, y la sociedad pueda confiar en la apariencia posesoria, suscitando, sin errores, la creencia acertada de existencia de titularidad o de derecho⁴²⁷.

Asimismo consideramos necesaria la tipificación de esta conducta para proteger la seguridad del tráfico y evitar adquisiciones *a non domino*, ya que la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) dificulta en extremo las anotaciones preventivas de querella en el Registro de la Propiedad en las que simplemente se traslada la petición del interesado de anotar la querella, al alegar en diversas Resoluciones, “que aunque quepa en la querella el ejercicio de la acción penal conjuntamente con el de la civil, no puede equipararse a la demanda en juicio civil de nulidad o ineficacia de títulos inscritos, por cuanto en esta última, la anotación está reconocida expresamente en la ley (art. 42.1) mientras que en la primera (en la que no va implícito el ejercicio de la acción de nulidad de títulos) ha de ser ordenada por el Tribunal cuando se cumplan las condiciones determinadas en el citado art. 589 LECrim., a saber, que resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, lo que no ha sucedido en el presente caso, en el que el Tribunal se ha limitado a trasladar la petición del interesado de anotarse la querella”⁴²⁸.

⁴²⁷ “Las adquisiciones *a non domino* son aquellas adquisiciones del dominio (o de un derecho real) en que la cosa (o derecho) se recibe por título y modo, pero de persona que no tiene, al efecto, el poder de disposición... Se trata de efectivas adquisiciones... Son adquisiciones originarias *ex lege*... Se adquiere a pesar de que el disponente no era dueño o no tenía poder de disposición... La regla es que *nemo dat quod non habet* o *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. ¿Por qué estos supuestos de adquisición *a non domino*? Se trata de supuestos en que la apariencia produce los efectos de la realidad en beneficio de la seguridad del tráfico. En estos casos la apariencia es la posesión o la inscripción registral (una y otra exteriorizaciones de la propiedad), publicidad de los derechos reales con fuerza legitimadora suficiente a efectos de los terceros adquirentes. (Quedan a salvo, en favor del que hasta entonces era auténtico dueño, las acciones personales correspondientes –por daños y perjuicios: S 16 septiembre 1985; por enriquecimiento injusto; contractuales, etc.- y, en su caso, las acciones penales”. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*... *Op. cit.*, Págs., 113-115.

⁴²⁸ *Vid.*, Res. DGRN de 1 abril 1991. Registro de la Propiedad, (EDD 1991/3366); Res. DGRN de 9 diciembre 1992. Registro de la Propiedad (EDD 1992/12076); Res. DGRN de 10 diciembre 1992. Registro de la Propiedad (EDD 1992/12145); Res. DGRN de 11 diciembre 1992. Registro de la Propiedad (EDD 1992/12204). Dispone así el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria: Artículo 42.- “Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 1º.- El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o

Particular referencia merece la Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2001, en la que con ocasión de las Diligencias Previas 800/96 que se seguían en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Soria, contra dos administradores de determinada sociedad sobre un posible delito de usurpación de bienes inmuebles, se libró mandamiento al Registrador de la Propiedad de Soria nº 1, a fin de que procediese a la anotación preventiva de la querella sobre la finca registral número 2094 J, inscrita a nombre de la sociedad; y la DGRN confirma la calificación del Registrador de la Propiedad en la que deniega la práctica de la anotación ordenada por el Juzgado por aparecer la finca inscrita a favor de entidad distinta de los querellados (en virtud del principio de tracto sucesivo, recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria) y por no ser la querella por sí misma anotable, si no se solicita a la vez la nulidad del título inscrito (por aplicación del sistema de “*numerus clausus*” que en materia de anotaciones preventivas rige en nuestra legislación, que impide comprender dentro del artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, la anotación de querella, dado que no se refiere a la propiedad de bienes inmuebles, ni a “la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real”, sino sólo a la imposición de una pena personal. Sólo en el supuesto de que en el proceso penal por acumulación, se haya ejercitado junto con la acción penal, la civil de restitución y de impugnación del título inscrito y de su correspondiente inscripción, es posible la anotación de querella, pero no de ésta en cuanto tal, sino de la demanda civil acumulada que es la que permite el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria. Que en el mandamiento presentado en el Registro no consta para nada la acumulación de la acción civil. Que la Dirección General exige para que sea posible la anotación de querella que por aplicación del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Tribunal la ordene porque resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, criterio paralelo al recogido en el artículo 43.1 de la Ley Hipotecaria)⁴²⁹.

extinción de cualquier derecho real”. Y el artículo 589 de la LECrim.: “Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza. La cantidad de ésta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias”.

⁴²⁹ El *iter registral* según la Res. DGRN de 8 junio 2001, Registro de la Propiedad (EDD 2001/14363), fue el siguiente: Interpuesta querella criminal contra unas determinadas personas físicas (dos administradores de una sociedad) por supuesto delito de usurpación de bienes inmuebles, se ordenó por el Juez de Instrucción tomar anotación preventiva de la querella sobre una finca que aparecía inscrita a nombre de la sociedad. El Registrador denegó la anotación por estar la finca inscrita a nombre de personas distintas de

los querellados y por no resultar del mandamiento que se hubiera solicitado la nulidad del título de adquisición por la sociedad ni existir pronunciamientos acerca de la existencia de indicios de delito. Recurrida la calificación (art. 117 LH), el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León reclamó para mejor proveer los Autos correspondientes y revocó la calificación (arts. 118-120 LH) por resultar de los mismos que se estaba ejercitando conjuntamente con la acción penal la civil y que ambas acciones se dirigían contra los querellados por su condición de administradores de la sociedad, derivándose también de ellos la existencia de indicios de criminalidad suficientes para la querella. Apelado el auto en recurso gubernativo ante la DGRN (arts. 122 y ss. LH), ésta acordó estimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación del Registrador, con revocación del Auto Presidencial. En el recurso gubernativo contra la calificación registral se alegó: “Que uno de los delitos imputados a los encausados es el de usurpación de bienes y en caso de que quede acreditado que han cometido dicho delito, tendrán que abandonar las fincas que hasta ahora vienen ocupando sin ningún título de propiedad. Que los imputados, debido a la posición privilegiada que ocupan en el Registro de la Propiedad, durante el tiempo que pueda transcurrir hasta la apertura del juicio oral, pueden desprenderse de los bienes a favor de cualquier comprador de buena fe, lo cual supondría la casi total imposibilidad de recuperar los bienes presuntamente usurpados, a no ser que se practique la no anotación acordada; pues la no anotación del mandamiento puede acarrear graves consecuencias para los querellantes, ya que, como se ha expuesto, puede provocar la pérdida de sus propiedades. Que el principio de culpabilidad establecido en los artículos 5 del Código Penal solo afecta a las personas físicas y gana a las personas jurídicas, por lo que en caso de empresas son sus representantes los que responden penalmente por las acciones ilícitas cometidas. Que hay que citar los artículos 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que una posible condena por usurpación en juicio oral conllevará la pertinente responsabilidad civil y las consecuencias de los artículos 107 y 110 del Código Penal”. El Registrador de la Propiedad informó: “1. Que el primer defecto es una consecuencia de los principios de tutela jurídica efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, del tracto sucesivo, recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y del de salvaguardia judicial de los asientos registrales (artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Que en este punto hay que considerar lo que dice la Resolución de 19 de enero de 1999, 16 de diciembre de 1985, y 29 de septiembre y 11 de octubre de 1983. Que el hecho que los querellados hayan sido administradores de la sociedad en algún momento no implica que lo sigan siendo y aunque lo sean todavía, ello no es obstáculo para que la misma como tal, sea aparte en el procedimiento en cuanto tiene una personalidad distinta de aquéllos y, aunque el procedimiento sea penal, la sociedad puede y debe ser parte de la pieza civil anexa al mismo, la cual es necesario para que se produzcan efectos registrales... Que respecto al segundo defecto, se señala que la responsabilidad civil no nace del delito, cuyo único efecto jurídico puede ser la pena, sino del ilícito civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.089 del Código Civil. Dando, pues, por sentado que un mismo acto puede constituir un delito y un ilícito civil, nuestro ordenamiento permite que ambos procesos se acumulen en un único procedimiento, atribuyendo la competencia para conocer de ambos al órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso penal. Esta acumulación no es obligatoria, sino potestativa, ya que la acción penal y la civil pueden ejercitarse conjunta o separadamente, estando facultada la parte activa para renunciar o reservarse expresamente el ejercicio de la acción civil para ejercitarla finalizando el proceso penal (artículos 108, 111 y 112-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ya sea en un proceso nuevo, ya en uno iniciado anteriormente y que se suspendió al iniciarse el proceso penal (artículo 114 de la Ley citada). Que fundándose en lo anterior se citan las Resoluciones de 1 de abril de 1991 y 9, 10, y 11 de diciembre de 1992. Que la aplicación del sistema de "numerus clausus" que en materia de anotaciones preventivas rige en nuestra legislación, impide comprender dentro del artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, la anotación de querella, dado que no se refiere a la propiedad de bienes inmuebles, ni a "la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real", sino sólo a la imposición de una pena personal. Solo en el supuesto de que en el proceso penal por acumulación, se haya ejercitado junto con la acción penal, la civil de restitución y de impugnación del título inscrito y de su correspondiente inscripción, es posible la anotación de querella, pero no de esta en cuanto tal, sino de la demanda civil acumulada que es la que permite el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria. Que en el mandamiento presentado en el Registro no consta para nada la acumulación de la acción civil. Que la Dirección General exige para que sea posible la anotación de querella que por aplicación del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Tribunal la ordene porque resulten indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas, criterio paralelo al recogido en el artículo 43.1 de la Ley Hipotecaria”. La Magistrada-Jefe del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1, de Soria que libró mandamiento al Registrador de la Propiedad de Soria Nº 1, a fin de que se procediera a la anotación preventiva de la querella sobre la finca registral número 2094 J, inscrita a nombre de la sociedad, informó: “Que la finalidad o motivación de la anotación preventiva encuentra su efecto en sujetar la finca o derecho a resultados del procedimiento, a la vez que

Otra razón que consideramos justifica la necesidad de tipificar esta conducta, para proteger la seguridad del tráfico y evitar resoluciones judiciales contradictorias entre el orden jurisdiccional penal y civil, radica en que la ajenidad del inmueble vivienda o edificio es una cuestión civil, que debe ser resuelta por el Tribunal penal como cuestión prejudicial del delito de usurpación cuando los derechos de propiedad sobre un inmueble “aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión” (art. 6 LECrim). En estos supuestos el Tribunal penal deberá atenerse a las reglas del Derecho civil (art. 7 LECrim), pero es absolutamente soberano en su decisión, sin estar vinculado a las decisiones de otros Tribunales, y sin que su decisión vincule tampoco a otros efectos que los del delito en cuestión. De este modo pueden darse resoluciones contradictorias entre los Tribunales del orden jurisdiccional penal y civil sobre el mismo asunto difícilmente evitables, y explicables en atención a la diversa finalidad de la actuación jurisdiccional en uno y otro terreno⁴³⁰.

sirve de aviso a quienes deseen adquirir los bienes afectados, con trascendencia real por la fuerza de la publicidad registral. Que conforme al artículo 42.1º de la Ley Hipotecaria debe entenderse la expresión demandare como la puesta en litigio de la propiedad de bienes inmuebles o constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real. Este precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 245 del Código Penal y la jurisprudencia que lo interpreta en el sentido que el mismo precisa para su integración el requisito de ajenidad de un bien inmueble o derecho real, de manera que de existir el delito su declaración conllevaría efectos de orden civil, en virtud del artículo 110 del Código Penal y atendiendo a lo que dispone el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y es aquí donde ha de fundamentarse la anotación preventiva de querella”. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León revocó la nota del Registrador disponiendo que “en el proceso penal de donde dimana el mandamiento desatendido por el Registrador materialmente se está ejercitando la acción civil; que en él se persigue un delito de usurpación de bienes inmuebles con expresa referencia a la finca registral objeto de la anotación y a la sociedad y que, por supuesto, todas las acciones penales y civiles se dirigen contra los administradores de la entidad y en su condición de tales y que en los autos penales se está postulando la nulidad del título”. El Registrador de la Propiedad apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y la DGRN acordó “estimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación del Registrador, con revocación del Auto Presidencial”; fundamentándolo en que “Si se tienen en cuenta exclusivamente los documentos presentados a la calificación, no resulta de ellos que la sociedad titular registral del bien haya tomado parte en el procedimiento, por lo que ha de confirmarse la denegación de la nota recurrida, ya que no resulta que el procedimiento entablado lo haya sido contra el titular registral, como exige el principio constitucional de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española), y su corolario registral constituido por el principio de tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), que impiden extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tomado parte en él, y, si bien es cierto que los Registradores de la Propiedad, como funcionarios públicos, tienen la obligación de respetar y colaborar en la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no lo es menos que tienen la misma obligación de aplicar el principio constitucional referido, el cual no resulta cumplido según la documentación aportada”. *Vid.*, DGRN, Resolución, 8-6-2001. La Directora general, Ana López-Monís Gallego, (EDD 2001/106397).

⁴³⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Págs., 396-397. “En cualquier caso, para que una ocupación o usurpación sea punible es preciso que la ajenidad de los bienes inmuebles o de los derechos reales inmobiliarios quede demostrada de manera clara y rotunda durante el proceso, como cuestión prejudicial... Obsérvese que... pueden darse resoluciones contradictorias entre un tribunal de lo penal y

otro de lo civil, porque, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 LECrim., los órganos de la jurisdicción penal pueden ventilar esta cuestión en el proceso penal”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 206. “Imaginemos un supuesto en el que el titular de un derecho real de usufructo sobre un inmueble se ve indebidamente perturbado en el ejercicio de su derecho por un usurpador. Al usufructuario le cabe acudir tanto a la acción real que le concede el art. 41 LH (en el supuesto de que su derecho real esté inscrito), utilizando para ello el procedimiento descrito en los artículos 137 y 138 del RH, como a la vía penal en la que, a tenor del contenido del art. 6 de la LECrim, el juez podrá decidir sobre la cuestión prejudicial, ya que el derecho real del usufructuario se basa en un título auténtico. Ahora bien si, como parece deducirse, la actuación del juez penal no precisa basarse en una previa decisión del juez de lo civil y, ni tan siquiera, esperar a que ésta se produzca, ¿cómo solventar entonces la hipótesis que, teniendo en cuenta el art. 41 de la LH, puede plantearse de que el presunto usurpador presente demanda de contradicción alegando, por ejemplo, la falsedad de la certificación del Registro? No cabe duda de que si el juez penal, en virtud de la facultad que le confiere el art. 6 de la LECrim, ha resuelto ya en favor del derecho del usufructuario, la negación de este derecho en vía civil plantearía la revisión de la sentencia por usurpación y la apertura de un nuevo procedimiento, esta vez por falsedad documental, contra el “usurpado””. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* *Op. cit.*, Págs., 65-66. Las cuestiones prejudiciales se encuentran reguladas en el Capítulo II, del Título I, del Libro I de la LECrim, artículos 3 a 7. Artículo 3 LECrim: “*Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación*”. Artículo 4 LECrim: “*Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal*”. Artículo 5 LECrim: “*No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo Criminal*”. Artículo 6 LECrim: “*Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo Criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión*”. Artículo 7 LECrim: “*El Tribunal de lo Criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores, deba resolver*”. El TC considera que “se incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva... reconocido en el art. 24.1 CE”, si no se respeta “la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad”, pues no es posible “que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente” para distintos órganos judiciales del mismo Estado. A pesar de ello “este Tribunal ha reconocido reiteradamente “la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva” (SSTC 62/1984, de 21 de mayo, 171/1994, de 7 de junio)”. *Vid.*, Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 30-10-2000, nº 255/2000, BOE 288/2000, de 1 de diciembre de 2000, rec. 4120/1996, Pte: Mendizábal Allende, Rafael de (EDJ 2000/33368). En este supuesto se pretende la nulidad de la sentencia de la AP que condenó a la recurrente como autora de un delito de intrusismo, pues al no tener en cuenta, a la hora de dictar el fallo, la pendencia de un recurso contencioso administrativo interpuesto ante la AN, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC, según reiterada doctrina que señala que hasta que no recaiga sentencia firme en el proceso contencioso administrativo debe suspenderse el procedimiento instado pues de lo contrario se vulneraría el art. 24.1 CE, al no ser la potestad jurisdiccional del art. 117.3 CE incondicionada, sino que ha de actuarse con arreglo a las normas que reparten el conocimiento de los asuntos entre los órganos de las diferentes jurisdicciones, reconoce lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Si bien, no podrá alegarse la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en los supuestos de usurpación al no tratarse la cuestión de la *ajenidad* de una cuestión prejudicial devolutiva, sino no devolutiva (cuya legitimidad reconoce el TC) cuando los derechos de propiedad sobre un inmueble “aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión” (art. 6 LECrim). En general, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por considerar que el art. 4 LECrim. (relativo a

Como afirma MUÑOZ CONDE, “el principio general de la competencia del Tribunal penal para resolver... cuestiones prejudiciales civiles..., llevado al extremo produce más perjuicios que ventajas, y pone en peligro la *seguridad* y la justicia”⁴³¹.

El Tribunal Supremo, interpretando la *mens legislatoris* en relación al delito de ocupación pacífica, dice: “*Este tipo de delito, introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados "okupas"...*”⁴³².

Si la postura de los “okupas” manifestada por ellos mismos, a través de la OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID, “*no pasa por la reivindicación de mejoras en las*

las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquéllas por el órgano jurisdiccional competente) habría sido derogado tácitamente por el art. 10.1 LOPJ, en cuanto norma posterior y de superior rango. Así dispone el referido art. 10: “1.- A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2.- No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca”. Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 24-7-2001, nº 1490/2001, rec. 3204/1999, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2001/32015).

⁴³¹ MUÑOZ CONDE, F.: *El delito de alzamiento de bienes*. Ed. Bosch, 2ª edición revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Barcelona, 1999. Págs., 81-82.

⁴³² Vid., Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 15-11-2004, nº 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2004/197365). En el mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia *menor*: Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 4-7-2012, nº 594/2012, rec. 130/2012, Pte: Valle Esqués, Fernando (EDJ 2012/175688); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2009/414265); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-1-2000, rec. 181/1999, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2000/3635); Audiencia Provincial de Cuenca, S 11-12-2000, nº 96/2000, rec. 80/2000, Pte: López Calderón Barreda, Luis (EDJ 2000/64374); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 13-6-2013, nº 610/2013, rec. 150/2013, Pte: Rodríguez Santamaría, Ana (EDJ 2013/204112); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-9-2012, nº 673/2012, rec. 316/2012, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen (EDJ 2012/275047); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 20-11-2013, nº 626/2013, rec. 55/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2013/298944); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 8-10-2010, nº 562/2010, rec. 236/2010, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2010/377180). Así también lo entienden los propios colectivos okupas al decir: “Tras la reforma del Código Penal en mayo de 1995 la okupación de una propiedad pública o privada pasa de estar en una situación de alegalidad a ser considerada delito castigado por la ley. Es una reforma dirigida contra los okupas”. CSOA CASAS VIEJAS.: *Cuaderno del Okupa*. Sevilla, 2006. Pdf. <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es/p/guia-de-okupacion.html>. Pág., 29.

condiciones de acceso a la vivienda o la intervención de los poderes públicos para obtener ayudas o regulación del mercado inmobiliario... [es decir, no pretenden actuar dentro de las vías legales, y por los cauces que el ordenamiento jurídico establece, sino que] pretenden difundir esta práctica como herramienta revolucionaria que permita a las personas proporcionarse por sus propios medios un lugar digno donde vivir y desarrollar proyectos que partan de la autogestión”; y a través de la OKUPAZIO BULEGOA BILBO (OFICINA DE OKUPACIÓN DE BILBAO), “*los movimientos de okupación han sido bandera de la lucha contra el capitalismo, haciendo su aportación al movimiento social y político de cada pueblo... herramienta política... vía para hacer frente a la dominación y desestructuración como personas que vivimos hoy en día... instrumento para construir un nuevo modo de vida, para decir stop al desarrollo urbanístico, para crear alternativas ante la propiedad privada y para ponerlas en práctica...*”; consideramos que el bien jurídico protegido, como vislumbra MANZANARES SAMANIEGO, ha de ser también el orden público (cuando se trata de okupas, no de ocupas) en tanto se combaten las iniciativas (con frecuencia multitudinarias), frente al orden establecido (jurídico y social)⁴³³.

Si por orden público entendemos la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, o manifestaciones de la paz pública en las relaciones sociales, parece evidente que si el legislador quería dar una respuesta penal al movimiento okupa, era porque quería proteger ese orden público frente a aquellos colectivos en que su conducta no responde a una necesidad material (búsqueda de vivienda), ni a un fin en sí mismo, sino a un medio de lucha contra el orden jurídico, social y económico establecido. Así en su propias páginas web (FORO ANARKO PUNK) leemos: “*¿vas a okupar porque quieres o porque lo necesitas? si es porque quieres, ¡adelante! si es porque estás desesperado y la okupacion es tu última alternativa,*

⁴³³ OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación*. 1ª edición. Madrid, octubre de 2011. Pdf. <http://www.okupatutambien.net>. Pág., 14; OKUPAZIO BULEGOA. BILBO. (OFICINA DE OKUPACIÓN. BILBAO): *Okupacio Gida. (Guía de Okupación)*. Bilbo. Pdf. <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es/p/guia-de-okupacion.html>. Pág., 17; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2005. Pág., 220; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. *Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*. Ed. Comares. Granada, 2010. Pág., 477; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >> en *Actualidad Penal*, Nº 40, 3-9 de noviembre de 1997, XLIV, 1997-2. Pág., 908.

infórmate primero en la asistencia social de los ayuntamientos, allí puedes encontrar algunas alternativas”⁴³⁴.

⁴³⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996. Pág., 756. Como manifiesta TORRES FERNÁNDEZ existe “un cierto consenso doctrinal... entorno a la definición patrocinada por Muñoz Conde, que concibe el orden público como la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”. TORRES FERNÁNDEZ, M^a.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español... Op. cit.*, Pág., 72. Algunos autores equiparan orden público y paz pública. “Así la posición de Córdoba Roda no puede ser más explícita al respecto, pues entiende que “si el orden público es la paz que debe regir en la exteriorización de la vida de relación social, parece claro que la paz pública a la que el art. 263 (Art. 263 creado por Ley de 21 de noviembre de 1971, que pasó a ser el 246 en el año 1978 como consecuencia de un cambio de ubicación y se corresponde con el actual 557) hace referencia debe entenderse equivalente al orden público”. También puede verse esa identificación en la definición de Muñoz Conde, pues conceptúa el orden público como la tranquilidad o paz que debe regir en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana. A esa corriente parecen sumarse Albácar López y Manzanares Samaniego cuando dicen que se identifican generalmente ambos conceptos, sin pronunciarse expresamente en contra de esa postura... Muerza Esparza... defiende... que los conceptos de alteración del orden y paz pública son equivalentes aunque sea posible su diferenciación sobre el significado literal de precepto que los acoge”. TORRES FERNÁNDEZ, M^a.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español... Op. cit.*, Págs., 68-69. En esta línea se pronuncia la Jurisprudencia, equiparando orden y paz pública, cuando despoja al término paz pública del carácter político con que se le reviste en los delitos de terrorismo. Así el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 8-2-2007, n° 136/2007, rec. 1108/2006, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2007/17999): “no ha de interpretarse exclusivamente en clave de alteración “política” de la paz pública, mediante violentas manifestaciones o algaradas similares, sino sencillamente como alteración de la paz pública, concepto éste reclamado con mayor vigor por la sociedad en su conjunto, y que se traduce en alterar la paz social (pública) y la convivencia, sin algaradas callejeras. O lo que es lo mismo, que la calle no se convierta en patrimonio de alborotadores, con grave quebranto de los derechos ciudadanos de los demás. Por eso decimos, que no cabe duda que, cada vez con mayor convicción, se reclama el concepto de paz pública, que es precisamente lo contrario de los aludidos desórdenes públicos”. Aunque TORRES FERNÁNDEZ sostiene que es mayoritaria la opinión de quienes distinguen entre ambos conceptos; se trata de una distinción más teórica que práctica, y circunscrita a los delitos de desórdenes públicos del art. 557 y terrorismo del art. 577 CP: “Tal es la posición de Vives Antón y Carbonell Mateu, quienes afirman que orden público y paz pública no son equivalentes, siendo el orden público el “funcionamiento regular de la convivencia”, mientras que la paz pública es “la tranquilidad o quietud, el sosiego o la buena correspondencia de los unos con los otros, opuesta a la guerra, a las riñas y disensiones, pero no al desorden”. Apoyan esa diferenciación también en que el tipo del 557 se refiere a alterar el orden público con el fin de atentar contra la paz pública, como dos elementos diferenciados. Reproducen esta diferenciación, haciéndola suya, Carmona Salgado y Miranda Strampes. Mapelli Caffarena y Asencio Cantisán también consideran que orden y paz no son conceptos intercambiables siendo el orden público la “normalidad o tranquilidad que deben presidir las manifestaciones colectivas de la vida en comunidad”, mientras que sitúa la paz pública en el centro del Derecho político. Díaz y García Conlledo... dice que si paz pública fuese equivalente a orden público, la mención expresa de la finalidad de atentar contra aquella sólo puede servir para excluir la posibilidad de comisión por imprudencia, cuya inviabilidad queda ya fuera de toda duda en el Código de 1995, dado el sistema de *numerus clausus* con que configura su incriminación... Entiende [el orden público] como “tranquilidad o normalidad en las manifestaciones de la vida ciudadana”, al tiempo que define la paz pública como la “intención de desestabilizar en alguna medida, de atacar de un modo no extremadamente violento los principios de la organización y funcionamiento del Estado y sus poderes, recogidos en la Constitución”... Polaino Navarrete también se suma a los que opinan que orden público y paz pública son diferentes... Define el orden público como “orden de la convivencia ciudadana constitucionalmente caracterizado por el recíproco respeto de las libertades públicas y derechos fundamentales de la persona que son inherentes al Estado de Derecho”, el cual ha de resultar lesionado por la realización del tipo, mientras que la paz pública se define como “la tranquilidad y el sosiego de los ciudadanos en la convivencia social”, no siendo necesario que se llegue a lesionar, sino que basta se dirija a atentarla, con independencia de que se consiga o no”. TORRES FERNÁNDEZ, M^a.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español... Op. cit.*, Págs., 69-71. En esta línea doctrinal, la jurisprudencia distingue ambos conceptos. Dice así Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 13-10-2009, n° 987/2009, rec. 10504/2009, Pte: Giménez García, Joaquín (EDJ 2009/234585): “Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la

calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia (STS 1321/1999), y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas (STS 1622/2001). En idéntico sentido la doctrina científica lo define como "... la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana"...". En el mismo sentido el Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 20-7-2011, nº 865/2011, rec. 124/2011, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G (EDJ 2011/166757), dice: "según tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala en su sentencia 1154/2010, de 12 de enero de 2011, la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en condiciones de un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente su afectación. En este sentido, en la STS núm. 987/2009, de 13 de octubre, se decía que "Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquél es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio, se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia (STS 1321/1999), y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas (STS 1622/2001)"... Debe distinguirse el concepto de paz pública aplicable en los tipos penales de terrorismo y el concepto más restringido de seguridad pública o de orden público de la calle que ha de operar en el tipo común de desórdenes públicos. De modo que si bien los arts. 557 y 577 del C. Penal pueden generar cierto equívoco al hacer referencia al mismo fin atentar contra la paz pública, lo cierto es que el significado de tal sintagma tiene distinto alcance en un caso y en el otro. Ha de interpretarse, pues, que el ánimo de alterar "gravemente" la paz pública que exige el art. 577 le otorga a este concepto un alcance político-social que trasciende ostensiblemente la mera alteración incidental del orden público (art. 557), generando una atmósfera social de temor y desasosiego que afecta de manera general a un número indiferenciado de ciudadanos y pone en peligro la convivencia democrática y el normal desenvolvimiento de las instituciones. Y es que ha de entenderse que el delito de terrorismo siempre ha de tener, en mayor o menor medida, cierta connotación o significado político que no puede quedar volatizado mediante una interpretación restrictiva de la expresión siempre equívoca de "la paz pública"...". Afirman MAPELLI CAFFAREZA Y ASENSIO CANTISAN: "Paz y orden no son conceptos ni coloquial ni jurídicamente intercambiables. Coloquialmente porque paz es el término antinómico de guerra, o, al menos, una "situación de ánimo o estado... cuando no hay lucha o intranquilidad de ninguna clase", mientras que orden y más concretamente orden público se define como una "situación de un país en relación con la sumisión por parte de los ciudadanos a lo establecido por las autoridades". De tal forma que hay o puede haber paz sin orden y orden sin paz. Jurídicamente también ofrecen ambos conceptos diferencias sustanciales. Por lo que al orden público se refiere, si bien es discutible que podamos hablar en un concepto jurídico unitario, en la mayoría de las ramas del Derecho por tal se entiende o bien unos criterios no jurídicos asentados en las convicciones de la sociedad o bien traducido a un bien jurídico protegido la normalidad o tranquilidad que deben presidir las manifestaciones colectivas de la vida en comunidad. Por su parte, la expresión "paz" nos sitúa en el centro del Derecho político y del delito político, aunque con un contenido más amplio ya que actúa contra la paz no sólo quien ataca la organización política del Estado o los derechos políticos de los ciudadanos, sino también quien con su actuación pretende una usurpación o inmisión en las funciones institucionales propias del parlamento, el poder judicial o ejecutivo aun sin pretender un cambio de modelo político y en ambos casos con fines que trascienden a la propia acción... Si identificamos ambos conceptos llevaríamos al absurdo la cláusula en cuestión convirtiéndola en una tautología innecesaria. Podría pensarse, no obstante, que el legislador pretendió de esa forma excluir la comisión imprudente, para ello hubiera sido suficiente con acudir a otras expresiones más usuales como "de propósito", "intencionadamente" o "maliciosamente". Por necesidad la *ratio legis* hubo de ser otra, ya que la expresión "paz" en lo que alcanzamos a ver se utiliza con un contenido mucho más grave y trascendente que "orden"... La diferenciación conlleva una saludable restricción del ámbito punible desde una perspectiva político-criminal... El legislador ha introducido en la tipicidad de este delito [desórdenes públicos del art. 246 CP 1973, actual art. 557 CP 1995] un elemento subjetivo del injusto, distinto del dolo de lesionar el orden público con la vejación personal, la ocupación del edificio o la vía pública. Se trata de un elemento personal del injusto que modifica éste y que consiste en una intención especial, en una actitud interna trascendente. Su estructura es similar a la del dolo pero se superpone a él. La presencia de uno de estos elementos excepciona la regla general según la cual el supuesto de hecho típico describe el delito objetivamente consumado para entrar a castigar estadios previos a la consumación en relación con determinados bienes jurídicos que por su particular importancia

En resumen, podemos concluir que *nos encontramos ante un delito pluriofensivo que pretende proteger no sólo el patrimonio inmobiliario, sino también la seguridad del tráfico jurídico y el orden público.*

La necesidad de tutelar tanto la seguridad del tráfico jurídico como el orden público hace oportuna, acertada y pertinente la intervención penal, que la misma esté perfectamente adaptada a las exigencias jurídico-penales de un Estado Social y Democrático de Derecho, y que responda a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 de la Norma Fundamental. De otra manera hubiera sido innecesaria la regulación de esta conducta en el Código Penal de 1995 al existir en el orden jurisdiccional civil una protección suficiente del patrimonio inmobiliario a través del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley y Reglamento Hipotecario, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos, Ley de Propiedad Horizontal... mediante la equiparación del okupa al precarista, las acciones posesorias y petitorias, y la acción real registral del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

La pluriofensividad del tipo penal invalida todas aquellas afirmaciones que sostienen la innecesariedad de la intervención penal por vulneración del carácter fragmentario, subsidiario, de "última ratio", y de intervención mínima del Derecho Penal; al ser absolutamente necesaria la tipificación de la ocupación pacífica de bienes inmuebles para la protección del patrimonio inmobiliario, seguridad del tráfico jurídico y orden público.

merecen desde una perspectiva político-criminal la incriminación anticipada. Cuando (como en el caso enjuiciado por esta Sentencia) los autores tan sólo pretendían una acción testimonial de protesta sobre un problema puntual como es el retraso por el Gobierno en atender la solución del paro agrícola no puede apreciarse ese propósito trascendente y en consecuencia, desde el punto de vista del artículo 246, la conducta es atípica. Sólo con esta consideración alcanza pleno significado y cumple su función restrictiva la cláusula "con el fin de atentar contra la paz pública...". MAPELLI CAFFAREZA, B., Y ASENCIO CANTISAN, H.: << La ocupación colectiva de la vía pública. (Comentario a la STS de 25 de febrero de 1987) >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Nº 10. Junio 1988. Págs., 8-10. En el caso que nos ocupa, la usurpación pacífica de bienes inmuebles, hemos de distinguir y acoger el concepto de orden público y no el de paz pública, pues, aunque la conducta persiga un alcance político-social, aquél es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, es un concepto más amplio, que se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia; extremos que no se llegan a ver afectados al tratarse de una conducta sin violencia ni intimidación. En relación al FORO ANARKO PUNK citado *vid.*, su *Manual del okupa* en <http://punx.mforos.com/1048206/5338022-manual-okupa/>. (FORO ANARKO PUNK).

En la práctica se subsumen las conductas de ocupar y okupar en el artículo 245.2 del Código Penal. Ahora bien, si consideramos que el bien jurídico protegido es también el orden público, aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por lo tanto no serían delictivas. Es lo que sucedería con las conductas de los ocupas. Para evitar esto consideramos que el artículo 245.2 del Código Penal debería quedar relegado para aquellas conductas que únicamente lesionen o pongan en peligro el patrimonio inmobiliario y la seguridad del tráfico (las de los ocupas); e introducir en el Código Penal un nuevo tipo penal (para sancionar las conductas de los okupas) donde tutelándose el orden público (junto al patrimonio inmobiliario y la seguridad del tráfico) se haga expresa referencia a los ataques al mismo en el tipo objetivo tal y como ha hecho el legislador tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en relación a los que invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público (art. 557 ter CP)⁴³⁵.

Un nuevo tipo penal con igual redacción en cuanto a la conducta nuclear que el artículo 557 ter del Código Penal pero con distinto objeto material: “los inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada” vendría así a dar *coherencia*

⁴³⁵ Dispone el artículo 557 ter CP: “1.- Los que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal, serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código. 2.- Los hechos serán castigados con la pena superior en grado cuando concurren las circunstancias 1ª, 3ª, 4ª ó 5ª del artículo 557 bis”. “La anterior regulación de la alteración del orden público (de origen decimonónico) no definía el delito, sino que yuxtaponía una serie de conductas punibles, lo que generaba problemas de tipicidad, en algunos casos, y concursales en otros. Estos problemas se solucionan mediante la definición de “alteración del orden público” a partir de la referencia al sujeto plural y a la realización de actos de violencia sobre cosas y personas. También se sanciona expresamente la conducta de aquéllos que no participan directamente en los actos de violencia, pero incitan a los otros, o refuerzan su disposición a llevarlos a cabo. Se incluye una regla concursal que prevé la imposición conjunta de las penas correspondientes a la alteración, y de las que correspondan a los concretos actos de violencia o de causación de daños que se hubieran ejecutado. Se tipifican, como supuestos agravados, los de porte de armas, exhibición de armas de fuego simuladas, realización de acciones violentas especialmente peligrosas para la vida o la integridad de las personas, o comisión de actos de pillaje. Y se regula como supuesto atenuado la entrada en locales y establecimientos de un modo que altere su normal actividad, cuando no se hubieran llegado a producir actos de violencia o amenazas, conducta que la regulación anterior equiparaba a los desórdenes violentos”. Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 77. Martes 31 de marzo de 2015. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Págs., 27078-27079.

*interna plena al Ordenamiento Jurídico. Máxime si tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, se sanciona como infracción administrativa (tutelándose la seguridad ciudadana) la ocupación o permanencia en cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, constituyan o no morada, cuando no sean constitutivas de infracción penal (art. 37.7 LOPSC)*⁴³⁶.

Sólo introduciéndose en el Código Penal un tipo penal en el que se sancione a *los que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública; o ampliándose el objeto material del artículo 557 ter del Código Penal a inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, podrá existir una sanción administrativa que tutele la seguridad ciudadana cuando los hechos no sean constitutivos de infracción penal.*

⁴³⁶ Dispone el artículo 37 de la LOPSC: *“Infracciones leves. Son infracciones leves... 7.- La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada”*.

CAPÍTULO III.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TIPO OBJETIVO DE INJUSTO

SUMARIO: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TIPO OBJETIVO DE INJUSTO 1.- Sujetos de la conducta típica 1.1.- Sujeto activo 1.1.1.- TOMA DE POSTURA 1.1.2.- PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN E IDENTIFICACIÓN 1.2.- Sujeto pasivo 1.2.1.- DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES 1.2.2.- SUJETO PASIVO Y OCUPACIÓN PACÍFICA A) *Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad* B) *Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada* C) *Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario* D) *Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario y orden público* E) *Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario, el orden público y la seguridad del tráfico* 1.2.3.- ¿UN USURPADOR PUEDE SER SUJETO PASIVO DEL DELITO? 1.2.4.- LA SELECCIÓN DEL SUJETO PASIVO POR EL MOVIMIENTO OKUPA 2.- Objeto material 2.1.- Distinción de figuras afines 2.1.1.- OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO 2.1.2.- OBJETO FORMAL Y OBJETO MATERIAL 2.1.3.- CORPUS DELICTI Y OBJETO MATERIAL 2.2.- Inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada 2.2.1.- TEORÍA SANCIONATORIA VS. TEORÍA AUTÓNOMA DEL DERECHO PENAL. MÉTODO EXEGÉTICO-EXPERIMENTAL 2.2.2.- ELEMENTOS DEL OBJETO MATERIAL 2.2.3.- PRIMER ELEMENTO POSITIVO DEL OBJETO MATERIAL: BIEN INMUEBLE. ¿SIRVE LA DEFINICIÓN DEL ARTÍCULO 334 DEL CÓDIGO CIVIL? A) *Cosas vs. bienes* B) *Artículo 334 del Código civil* C) *Clasificación civilista de los inmuebles* D) *Bien inmueble a efectos penales* E) *Bienes inmuebles rústicos* F) *Interpretación autónoma* 2.2.4.- VIVIENDAS Y EDIFICIOS. ¿PUEDE SER EL OBJETO MATERIAL UNA VIVIENDA QUE NO SEA INMUEBLE? A) *Especies del género inmueble* B) *Edificio* C) *Vivienda* D) *Bienes muebles que no constituyan morada* E) *Toma de postura: Sólo bienes inmuebles* 2.2.5.- ¿SÓLO LOS INMUEBLES QUE NO ESTÉN EN ESTADO APARENTE DE ABANDONO? INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL OBJETO MATERIAL Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD A) *Vías de exclusión del Derecho Penal* B) *¿Es necesaria la situación de abandono del inmueble para que haya intervención penal?* C) *Ius usus innocui y función social de la propiedad* D) *¿Están tan abandonados los inmuebles como alega la defensa?* E) *No exigibilidad de habitabilidad* F) *Principio de intervención mínima* G) *El ius usus innocui y la función social de la propiedad no pueden ser soporte para la exclusión de la protección penal dada por el legislador en el art. 245.2 del Código Penal* 2.2.6.- SEGUNDO ELEMENTO POSITIVO DEL OBJETO MATERIAL: AJENIDAD DEL INMUEBLE, VIVIENDA, Y EDIFICIO A) *Ajenidad a efectos penales* B) *Bienes inmuebles: objetos idóneos de usurpación* C) *Ajenidad como cuestión prejudicial* 2.2.7.- ¿SE APLICA A BIENES INMUEBLES QUE PERTENECEN AL ESTADO COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO O PATRIMONIAL? 2.2.8.- TERCER ELEMENTO DEL OBJETO MATERIAL. ELEMENTO NEGATIVO: QUE NO CONSTITUYA MORADA A) *Objetos excluidos: la morada habitual* B) *Interpretación a sensu contrario del concepto de morada, casa habitada y sus dependencias* a) *Morada* b) *Casa habitada* c) *Morada y casa habitada: ¿un mismo concepto?* d) *Morada y casa habitada: ¿utilización permanente o meramente temporal?* e) *Dependencias* C) *Inmuebles aún no ocupados o ya abandonados* 3.- Conducta típica: El artículo 245.2 del Código Penal 3.1.- Ausencia de violencia o intimidación 3.1.1.- TIPO PRIVILEGIADO: POSTURA DE BAUCELLS I LLADOS 3.1.2.- TIPO AUTÓNOMO O “SUI GENERIS” 3.1.3.- VIS IN REBUS A) *Ni vis absoluta ni vis compulsiva* B) *Ocupación subrepticia, clandestina, o con fuerza en las cosas* C) *Coherencia interna del Ordenamiento Jurídico* 3.1.4.- VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN SOBREVENDIDA. ¿ARTÍCULO 245.1 Ó 245.2 DEL CÓDIGO PENAL? A) *Artículo 245.1 del Código*

Penal B) Artículo 245.2 del Código Penal C) Toma de postura: Artículo 245.2 del Código Penal en concurso real 3.2.- Ocupar sin autorización debida, o mantenerse contra la voluntad del titular 3.2.1.- ESTRUCTURA ANÁLOGA AL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA 3.2.2.- DISYUNTIVA ANÁLOGA A LA USURPACIÓN PROPIA 3.2.3.- OCUPACIÓN CIVIL VS. OCUPACIÓN PENAL A) Ocupación civil: modo de adquirir el dominio B) Tratamiento jurídico de la cosa perdida, abandonada o sin dueño C) Inmuebles: objetos no susceptibles de ocupación civil e imprescriptibles 3.2.4.- OCUPAR: PRIMERA CONDUCTA ALTERNATIVA A) Ocupar y usurpar: conductas equivalentes a) Diferentes posturas doctrinales: Carácter permanente. Necesariamente permanente. Voluntad de permanencia. Criterio cuantitativo y cualitativo de la permanencia. Ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales. Basta con entrada B) Toma de postura: Usurpar y ocupar son conductas diferentes 3.2.5.- MANTENERSE: SEGUNDA CONDUCTA ALTERNATIVA A) Significado de mantenerse B) Omisión propia C) Tipo mixto alternativo D) Derogación del precepto vía interpretativa E) Toma de postura: Interpretación restrictiva; ni extensiva ni derogatoria F) Particular referencia al precario G) Propuesta de lege ferenda de MAGRO SERVET 3.2.6.- SIN AUTORIZACIÓN DEBIDA VS. CONTRA LA VOLUNTAD DEL TITULAR A) Ideas generales B) El consentimiento del titular: causa de exclusión de la tipicidad C) Sin autorización debida (ocupar) a) Quién puede autorizar b) Requisitos de la autorización c) Ausencia de requisitos ad solemnitatem d) Autorización ¿expresa o tácita? e) La tolerancia no es autorización tácita f) Orden de desalojo: requisito innecesario D) Contra la voluntad del titular (mantenerse) a) Diferencia entre actuar sin permiso o contra la voluntad b) Voluntad contraria vs. Título jurídico habilitante c) Manifestación en contra ¿expresa o tácita? d) No necesidad de requerimiento 3.2.7.- ¿DELITO DE RESULTADO O DE MERA ACTIVIDAD? A) Delito de resultado B) Delito de actividad o mera conducta C) Toma de postura 3.2.8.- FORMAS DE COMISIÓN ACTIVAS Y EN COMISIÓN POR OMISIÓN: NO IMPEDIR LA OCUPACIÓN A) Obligaciones del arrendatario, usufructuario, usuario y habitacionista

1.- Sujetos de la conducta típica

El tipo penal supone la presencia de tres sujetos que se encuentran en una determinada relación recíproca: el sujeto activo (quien realiza el tipo), el sujeto pasivo (el titular del bien jurídico penal atacado por el sujeto activo) y el Estado (llamado a reaccionar con una pena)⁴³⁷.

⁴³⁷ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 229. “Calliess, que ha destacado la importancia de estos sujetos en toda norma penal, describe la conexión existente entre ellos como un conjunto de expectativas recíprocas: cada uno de ellos espera de los otros no sólo determinados comportamientos, sino también la existencia de expectativas frente a él. Así, el sujeto activo puede esperar que el Estado le persiga y castigue, el sujeto pasivo confía en que la punición del hecho haga desistir a los posibles delincuentes a ejecutar el delito, y el Estado espera que la amenaza de la pena impida la actuación del sujeto activo”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 229. “Esta conexión entre los sujetos puede describirse como un complejo de *expectativas recíprocas*, como una red comunicativa en la cual cada sujeto *espera* no sólo el comportamiento, sino también las expectativas de los otros... Esta conexión de expectativas tiene lugar, según los delitos, en distintos ámbitos o *sistemas sociales*: la economía, el Estado”. MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método...* Op. cit., Pág., 27. En relación a la estructura “lógica” y “función social” de la norma: la denominada “estructura comunicativa de la norma”, *vid.*, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen I. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 422-427. Para las actuales orientaciones teleológicas y funcionalistas, particular referencia a la teoría “sistémica” de Jakobs, *vid.*, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen II. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 685-697. “El

1.1.- Sujeto activo

Es la persona que realiza la acción típica. En la redacción empleada por el legislador al tipificar la conducta penal no se exige ninguna condición especial (autoridad, funcionario público, facultativo...) para ser sujeto activo, por lo que, en principio, cualquiera puede realizar la conducta descrita en el tipo penal. Se emplea la fórmula genérica "*el que...*". Nos encontramos, pues, ante un delito común⁴³⁸.

Derecho Penal, como disciplina "normativa", contempla el hecho delictivo a través del cliché del "precepto legal". Su lenguaje formal y abstracto (propio del llamado "saber sistemático") le permiten definir aquél como "infracción de la norma" (mero presupuesto fáctico de ésta y antecedente lógico de la sanción). El delincuente, en consecuencia, no es sino el sujeto activo de la infracción; la víctima, el sujeto pasivo; y el propio delito, la lesión del "bien jurídico", síntesis categorial brillante que describe el resultado de un enfrentamiento "simbólico" e incruento entre la ley y el infractor". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* Op. cit., Pág., 29. "El sistema penal se construye entendiendo que el delito no sólo atañe al que ha sido víctima de él, sino que, por encima de la relación entre agresor y agredido, comporta una ofensa a la sociedad. Eso determinó la intervención del Estado y la progresiva desaparición de la víctima, no sólo en la respuesta penal, sino también en su intervención en el proceso". MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición. Valencia, 2012. Pág., 36.

⁴³⁸ Vid., MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 128; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 259-260; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 389-392; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Pág., 113. No debe confundirse sujeto activo con autor. A tenor del artículo 27 CP los autores (junto con los cómplices) son una de las categorías de los responsables criminalmente de los delitos y faltas, mientras que los sujetos activos son quienes han de practicar, conforme a la norma correspondiente, la conducta típica con independencia de que sean o no responsables del delito. Cabe, pues, decir que autor de un delito será aquel de entre los posibles sujetos activos de la conducta típica que efectivamente la ha puesto en práctica y responde criminalmente por ello. Vid., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Ed. Rafael Castellanos, editor. 2ª edición corregida y aumentada. Madrid, 1986. Pág., 47. Para una mejor comprensión de la diferencia entre sujeto activo y autor, COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S., parten de la distinción entre el hecho abstractamente descrito por el tipo legal y su concreta realización, y dicen: "La Ley describe el delito mediante una proposición cuyo sujeto es el *sujeto activo* de aquél. El *sujeto activo* no se identifica con el *autor*. Con la categoría de sujeto activo analizamos los diversos modos con los que, en las distintas figuras de la Parte especial, se describe un elemento del hecho típico: es, por consiguiente, un elemento de la *formulación* del tipo. El concepto de autor atiende, por el contrario, a la *realización* del tipo... En resumen: en la *proposición normativa* no hay autores, sino *sujetos activos*; y, a la inversa, en la *realidad* no hay sujetos activos, sino *autores*. La identificación de ambos conceptos, que a menudo se efectúa en la doctrina, no es sino una de tantas confusiones categoriales... Pero, que sujeto activo y autor sean categorías conceptuales distintas, no significa que se hallen desconectadas. El sujeto activo, como elemento del hecho típico, circunscribe el ámbito de los *posibles autores*. De manera que no podrán ser autores de la correspondiente figura del delito quienes no reúnan las condiciones expresadas para el sujeto en la fórmula legal... La mayor parte de los tipos penales se configuran sin más exigencias respecto al sujeto activo que las dimanantes de que sea una persona humana. Estaríamos así en presencia de un sujeto activo genérico e indiscriminado y, por tanto, la realización del tipo podría ser llevada a término por cualquiera. Habitualmente, en tales casos el sujeto activo se designa en la proposición legal con las expresiones "el que"..., "los que"..., "al que"..., reveladoras todas ellas de una total indeterminación, y de ahí que su concreción pueda ser verificada por

No pueden ser sujetos activos del delito de usurpación las personas jurídicas, pues, aunque desde la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, rige en nuestro sistema penal el principio “*societas delinquere et puniure potest*”, el sistema de “*numerus clausus*” de responsabilidad penal de las mismas (art 31 bis CP) no recoge entre los supuestos previstos en el Código Penal la ocupación pacífica de bienes inmuebles⁴³⁹.

toda persona humana. Estos tipos se suelen denominar comunes”, en *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición corregida aumentada y actualizada. Valencia, 1999. Págs., 353-356. “¿Quién es el sujeto activo de un delito? Una respuesta casi intuitiva rezaría: el sujeto activo es quien conjuga el verbo típico, esto es: quien realiza la acción descrita en el tipo ejecutando el núcleo del verbo descriptivo de una acción (matar, violar, defraudar a la hacienda pública, etc.). Esta respuesta identificaría al sujeto activo con el autor del delito o incluso con el autor de la acción típica. Sin embargo, tal identificación sería incorrecta: el concepto de autor es más restringido, más angosto, que el de sujeto activo. O lo que es lo mismo: el sujeto activo es una categoría más amplia que la de autor, de manera que el sujeto activo no es únicamente el autor de un delito, sino alguien más: abarca al autor material o inmediato, al autor mediato, a los coautores, al inductor directo, al cooperador necesario y al cómplice. Y además, el sujeto activo no sólo lo es del delito consumado, sino del delito en grado de tentativa o de preparación típica. Es decir: que propiamente sujeto activo del delito es todo aquel a quien se imputa realización por cualquier título jurídico de un acto que es descrito en un tipo legal como delito y con independencia del grado de ejecución y de la forma de su intervención en la ejecución del comportamiento delictivo. El concepto de sujeto activo del delito no puede identificarse tampoco con el de sujeto activo de la acción. El primero exige que se den todos los elementos del delito, esto es: que estemos ante un delito completo (acción típica, antijurídica, culpable y punible). En cambio, sujeto de la acción no exige que se reconozca la existencia de un delito, sino que bastará con la existencia de una acción penalmente relevante (aunque no llegue a ser punible)”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Ed. Tecnos. Madrid, 2013. Págs., 31-32.

⁴³⁹ Vid., CARBONELL MATEU, J.C., Y MORALES PRATS, F.: << Capítulo 4.- Responsabilidad penal de las personas jurídicas >> en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (DIRS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. Págs., 55-86; GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., Y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: << Lección 38.- Personas jurídicas y responsabilidad penal >> en *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Págs., 1065-1087; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: << Capítulo 9.- Responsabilidad de personas jurídicas >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 319-328; VELASCO NÚÑEZ, E.: << Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales >> en *Diario La Ley*, Nº 7883, Sección tribuna, 19 de junio de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley. Págs., 1-4; CARRETERO SÁNCHEZ, A.: << Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas >> en *Diario La Ley*, Nº 7786, Sección tribuna, 30 de enero de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley. Pág., 2-6. Así dispone el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación. Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona

La Doctrina, con carácter general, considera que al tratarse de un delito común sujeto activo puede serlo, en principio, cualquier persona; con la única limitación de que no sea el titular del inmueble, vivienda o edificio ocupado⁴⁴⁰.

jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31. En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose –respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)–, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión”. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 152, de 23/06/2010. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Pág., 54814. El apartado 1 del artículo 31 del Código Penal opta por el sistema de *numerus clausus* de responsabilidad penal de las personas jurídicas: “1.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

⁴⁴⁰ “El objeto material... ha de ser ajeno, por lo que el sujeto activo sólo puede serlo quien no sea titular”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476, y GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 502. “Sujeto activo del delito podrá serlo cualquier persona, salvo el titular del inmueble en cuestión”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª. Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1. Delitos contra bienes jurídicos individuales...* *Op. cit.*, Pág., 503; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* *Op. cit.*, Pág., 238. “Sujeto activo puede serlo cualquiera, con la excepción del titular del inmueble o derecho real”. SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial...* *Op. cit.*, Pág., 407. “Sujeto activo de esta modalidad delictiva [art. 245.2 CP] sólo puede ser, como en la del número 1, el no propietario,

puesto que el inmueble, la vivienda o el edificio deben ser ajenos, lo que significa la atipicidad de la conducta del dueño en la ocupación propia de una casa arrendada o usufrutuada por otro”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 222; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Pág., 478. “Sujeto activo será cualquiera que no resulte ofendido por el delito, ni el propietario de la cosa, ya que el tipo exige la ajenidad de ésta”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 810. “Podrá ser sujeto activo cualquier persona... Este sujeto debe ser alguien que lleve a cabo la ocupación sir ostentar título de pertenencia o posesión alguno”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 5. “Sujeto activo puede ser cualquier persona no propietaria del inmueble”. LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*. Doctrina 12/12/2003 TOL349.019 www.tirantonline.com. Pág., 4. “Sujeto activo sólo puede serlo el no propietario o titular de los inmuebles o derechos reales. La turbación de la posesión legítima por parte del propietario no está, por tanto, comprendida en este delito”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición. Valencia, 2013. Pág., 396. “Sujeto activo de este tipo de delitos puede serlo cualquiera que no sea el propietario o el titular de los inmuebles o derechos reales, objeto de la ocupación o usurpación”. CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*... *Op. cit.*, Págs., 251-252. “La exigencia de ajenidad implica que sólo puede ser sujeto activo quien no sea propietario o titular de los inmuebles o derechos reales”. NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, Mª.C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 371. “Sujeto activo puede serlo cualquiera que no sea el propietario del inmueble o titular del derecho real”. CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 223. “Sólo constituyen objetos materiales idóneos los bienes inmuebles o derechos reales de pertenencia ajena, es decir de titularidad ajena. En este sentido, el propietario no puede ser sujeto activo de una ocupación de inmuebles de su propiedad”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 432-433. “Respecto al sujeto activo de este delito debemos manifestar que nos encontramos ante un tipo común, dado que el art. 245.2 del Código Penal no requiere ninguna cualidad especial para ser sujeto activo del mismo, lo que se desprende de la expresión “el que ocupare...” que equivale a “cualquiera que”. Sin embargo, debemos matizar que cualquiera puede llevar a efecto las dos modalidades de conducta contempladas en el delito de usurpación pacífica, siempre que se trate del no propietario. En efecto, el propietario no podrá ser sujeto activo de esta infracción dado que en la misma se exige que el inmueble, la vivienda o edificio ocupados sean ajenos, lo que determina que sea atípica la conducta del propietario que, habiéndole sido ocupado su inmueble, decidiera recuperarlo por la vía de hecho, recuperándolo nuevamente. Pero no sólo el concepto de “ajeno” permite esta conclusión, sino también la ausencia de ánimo de lucro por parte del propietario que... constituye un elemento subjetivo de este tipo”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 20. “En cuanto al sujeto activo, necesariamente ha de ser el no propietario, puesto que el inmueble, la vivienda o el edificio ocupados se califican como ajenos”. DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 778. “El sujeto activo ha de ser cualquier persona sin título o autorización alguna para acceder al lugar. Esto es, persona distinta del propietario, poseedor, o aún precarista del inmueble”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Págs., 1678-1679. “Sujeto activo puede serlo, en principio, cualquiera que no resulte ofendido por el delito, excepto, en cualquier caso, el propietario de la cosa, dado que el tipo exige la “ajenidad” de ésta”. VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Pág., 1204. “Sujeto activo puede ser cualquier persona con excepción del propietario de la cosa o del derecho real, sin perjuicio de que el propietario pueda cometer otra infracción

La Jurisprudencia *menor* reitera que “*el sujeto activo necesariamente ha de ser el no propietario, puesto que el inmueble, la vivienda o el edificio ocupados se califican como ajenos...*”⁴⁴¹.

penal (allanamiento de morada o coacciones)”. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio...* *Op. cit.*, Pág., 575. “Sujeto activo puede ser cualquiera excepto el propietario del inmueble o titular del derecho real”. VICENTE MARTÍNEZ, R.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.Mª. (DIRS.); NIETO MARTÍN, A., Y PÉREZ CEPEDA, A.I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 554. “Sujetos activos del delito sólo pueden serlo las personas no propietarias o no titulares del inmueble o derecho real de que se trate..., de modo que las perturbaciones en la posesión legítima por parte del propietario no son subsumibles en el tipo”. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado...* *Op. cit.*, Pág., 541. “Podrá ser sujeto activo cualquier persona, imputable o semiimputable. El propietario del inmueble, sin embargo, no podrá ser autor en sentido estricto (pues el inmueble ocupado ha de ser ajeno)”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Pág., 163. “El sujeto activo podrá ser cualquier persona que no tenga la condición de titular del bien”. IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*, Pág., 7. “El sujeto activo necesariamente ha de ser el no propietario, puesto que el inmueble, la vivienda o el edificio se califican como ajenos”. DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepínNET revista. Práctica penal*. Nº 36. Julio-agosto, 2007. Ed. Sepín. Pág., 28. “Se trata de un delito de los denominados comunes, es decir, de los que su sujeto activo puede ser cualquier persona, excepto, evidentemente, el propietario del inmueble atendiendo a la exigencia de “ajenidad”...”. OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >> en *Jueces para la Democracia. Información y Debate...* *Op. cit.*, Pág., 62. “Consecuencia derivada de la ajenidad es que estos delitos no pueden tener como sujeto activo al propietario”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 380. “La mayoría de la doctrina sigue sosteniendo... la imposibilidad de que el sujeto activo del delito de usurpación pueda serlo el propietario del inmueble”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales, vol. V...* *Op. cit.*, Pág., 14.

⁴⁴¹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 22-4-2009, nº 462/2009, rec. 28/2009, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2009/107244); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2011/27692); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquivia Bartolomé, Mª Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 3-12-2004, nº 249/2004, rec. 199/2004, Pte: Martínez Ruiz, Tárila (EDJ 2004/283436); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 29-5-2000, nº 342/2000, rec. 549/1998, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2000/31461); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 2006/439248); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 11-4-2008, nº 259/2008, rec. 16/2008, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda (EDJ 2008/87347); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, A 10-2-2004, nº 67/2004, rec. 690/2004, Pte: Martín Rodríguez, Rosario (EDJ 2004/11075); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 18-11-2008, nº 1066/2008, rec. 209/2008, Pte: Barabino Ballesteros, Nuria Alejandra (EDJ 2008/355612); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona,

SERRANO PIEDECASAS, y ROCA AGAPITO consideran que sí puede ser sujeto activo el propietario del inmueble, vivienda o edificio ocupado. El primero de ellos afirma que “sujeto activo del delito podrá serlo cualquier persona salvo el titular del inmueble a no ser que el dueño ocupe una casa arrendada o usufructuada por otro”⁴⁴². El segundo de los referidos autores sostiene que “sujeto activo también lo puede ser el propietario”, y que “los bienes inmuebles y los derechos reales inmobiliarios tienen que ser "ajenos" (art. 245.2) o de "pertenencia ajena" (art. 245.1). A primera vista da la impresión que al exigir la ajenidad sólo fuese sujeto pasivo el propietario y que además éste nunca podría ser sujeto activo. Sin embargo... [como ya hemos visto al analizar el bien jurídico protegido], no sólo se protege el derecho de propiedad, y... por eso mismo también puede ser sujeto activo el propietario”⁴⁴³.

1.1.1.- TOMA DE POSTURA

A nuestro parecer la postura más acertada es la de considerar que el propietario no puede ser sujeto activo del delito de usurpación, toda vez que el tipo penal, como dice la jurisprudencia, exige la ajenidad. Si bien, la turbación de la posesión legítima por parte del propietario no sería atípica sino que podría dar lugar al delito de coacciones (art. 172 CP), o al de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP)

José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 144/2006, rec. 87/2006, Pte: Julia Igual, Mª José (EDJ 2006/305439); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 10-11-2010, nº 384/2010, rec. 160/2010, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2010/330130); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2013/220746); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-2-2010, nº 94/2010, rec. 17/2010, Pte: Gurrera Roig, Matilde (EDJ 2010/49246); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 77/2013, Pte: Goded Herrero, Beatriz (EDJ 2014/46138); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066).

⁴⁴² SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 416. Con idénticas palabras se pronuncia la Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653), al decir: “Sujeto activo del delito podrá serlo cualquier persona salvo el titular del inmueble a no ser que el dueño ocupe una casa arrendada o usufructuada por otro”.

⁴⁴³ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 198 y 206.

siempre que concurriesen las restantes circunstancias requeridas en los preceptos aludidos. En estos supuestos, la conducta del propietario del bien inmueble sería similar a la prevista en el artículo 236 del Código Penal para los propietarios de los bienes muebles. No existiendo en el Código penal una figura de “*furtum possessionis*” para los bienes inmuebles (en la que se proteja al legítimo poseedor frente al propietario), tal conducta sólo podría subsumirse en los ya mencionados delitos de coacciones, o realización arbitraria del propio derecho⁴⁴⁴.

1.1.2.- PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN E IDENTIFICACIÓN

Una de las mayores dificultades que plantea este delito es la determinación e identificación del sujeto activo⁴⁴⁵. Sostiene GÓMEZ IBARGUREN que, “de forma muy

⁴⁴⁴ Vid., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin*, Mayo 2012 (SP/DOCT/16710). Pág., 2. “El propietario no comete delito de ocupación del inmueble de su propiedad, aunque,... si lo ocupa para desplazar al poseedor, podríamos hallarnos ante un delito de realización arbitraria del propio derecho o de coacciones, según los casos”. MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op cit.*, Pág., 1961. “La turbación de la posesión legítima por parte del propietario no está, por tanto, comprendida en este delito, aunque pueda constituir otro de amenaza o coacciones (arts. 169 y ss. y 172) o de realización arbitraria del propio derecho (art. 455)”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 396. “El propietario no podrá ser sujeto activo de esta infracción... No obstante, la conducta de ocupación llevada a cabo por el propietario podría ser constitutiva de otros delitos como el de coacciones (art. 172 del Código penal) o el de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 del Código penal), siempre que concurriesen las restantes circunstancias requeridas en los preceptos aludidos”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Pág., 20. Dispone el apartado 1 del artículo 172 del Código Penal: “1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código. También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. Por su parte, el artículo 455: “1.- El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2.- Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos. Finalmente, el artículo 236: “Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de 400 euros”.

⁴⁴⁵ “Se identifica con el autor si este término se entiende en sentido amplio, no dogmático, equivalente a persona penalmente responsable”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 128. “En la práctica el abogado se suele encontrar con grandes dificultades probatorias para lograr el éxito de la acción penal frente a este tipo de situaciones. Entre ellas, es de subrayar, principalmente, la relativa a la identidad de los sujetos activos de la conducta,

ocupantes ilegítimos, contra quienes va dirigida la denuncia de forma innominada, y que suelen oponer todo tipo de obstáculos para su identificación, incluso en sede policial”. DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepínNET revista. Práctica penal... Op. cit.*, Pág., 28. Distintos consejos sobre la identificación se leen en los escritos del colectivo okupa: “No abráis la puerta bajo ningún concepto, ya que en ese momento podrían entrar a la fuerza y sacaros. En principio, la policía no puede entrar salvo que os hayan pillado in fraganti, o tenga una orden del juez. En cualquiera de estos casos, no os preocupéis por lo que os digan; si tienen la ley de su mano entrarán hagáis lo que hagáis, pero lo más probable es que os echen un farol para asustaros. Es posible que crean que se trata de un robo, lo cual irá en vuestra contra. Llevar una pancarta con algún símbolo o lema típico okupa para sacar por la ventana puede ayudar a quitarles la idea del robo de la cabeza. Seguramente quieran identificar a los ocupantes, ya sea ese día, o en los sucesivos. Debéis decidir, según la estrategia legal que elijáis (ver apartado legal), cuantos DNIs dais, si es que vais a dar alguno. Si se puede dar uno en vez de dos, mejor. Para estos momentos de tensión en que nos encontramos ante la propietaria o propietario, la policía, o ambos, es aconsejable recurrir a vuestras redes de apoyo para convocar a cuanta más gente mejor. De esta manera la policía se cortará un pelo a la hora de actuar, siempre que el ambiente sea tranquilo en la calle. Que lxs ocupantes decidan identificarse, o no, depende de ellxs, pero siempre pueden ser identificados por sorpresa entrando o saliendo de la casa. Sin embargo, en la calle estamos obligadxs legalmente a mostrar nuestra documentación a la policía. Es más que conveniente designar algúnx compi para que medie con los maderos, les explique de qué se trata, les tranquilice y les recuerde la necesidad de una orden judicial para entrar. Seguramente el trato no sea cortés, y puede que quieran incluso identificar a su interlocutor. Si está en la calle deberá hacerlo, pero dejar claro que él no ha cometido ningún delito y que habla desde fuera del grupo, como si de unas conversaciones de paz se tratara. Lo mejor es que digáis que lleváis varios días en la casa (o semanas si fuera creíble), ya que la policía puede pedir al juez/a de guardia un desalojo express. Vosotros solo estáis de paso, y las personas que viven ahí no están en este momento. Incluso podéis valorar decir que le pagáis un alquiler a alguien y que creáis que era el/a propietarix. Otra opción es que tengáis un contrato verbal con lxs supustxs propietarixs por el que os permiten utilizar ese espacio. Aunque las visitas policiales se repitan para intentar identificar a cuanta más gente mejor, el desalojo lo ejecutarán en todo caso con un grupo de efectivos antidisturbios (UIP). Es probable que si la propietaria o propietario ha denunciado (y suele hacerlo), la policía venga una y otra vez hasta que os identifiquéis. Si no lo hacéis, pueden venir estupas (de paisano) y pillaros por sorpresa saliendo o entrando de casa con la llave en la mano, lo que será más difícil de defender en un supuesto juicio. En todo caso, las llaves no son vuestras, os las han tirado por la ventana, o venís de visita y las habéis cogido de una mesa de dentro. Ante la policía no sabéis nada, ni cuánta gente hay, ni sus nombres, sólo motes, ni si hay luz, ni agua, te abren desde dentro, o te tiran la llaves... En definitiva, pensarán que les estáis vacilando (y tendrán razón). Además, tened en cuenta que si no elegís quién dará el DNI, será la policía la que, al azar o no, pueda identificar a la persona menos indicada, es decir, un/a colega que venía de visita, o, aún peor, una persona sin papeles o con un marrón judicial pendiente”. OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación... Op. cit.*, Págs., 36-38. “Cuando un/a propietarix presenta una denuncia, el juzgado de instrucción ordena a la policía unas “diligencias”, que básicamente consisten en identificar a “los okupantes”. Recuerda que si estás en la calle, tienes la obligación de identificarte si te lo indican (art. 20.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana), pero no tienes que reconocer que vives ahí, ni que tengas llaves, ni que has participado en la okupación; o vienes a una actividad puntual, o pasabas por allí, o si te pillan con las llaves, te las han prestado o tirado por la ventana. Si vienen con una orden de identificación, entonces alguien tendrá que bajar a identificarse. Normalmente, cuando vienen tres veces y nadie se identifica, sobre todo en el caso de las viviendas, proceden a desalojar. Sólo con la identificación sigue su curso el proceso penal. En cualquier caso, si esto sucede, diles amablemente que vas a bajar, pero que se pongan en la acera de enfrente, y asegúrate de que alguien cierra la puerta a toda velocidad detrás de ti. Aconsejamos no bajar solx, a no ser que lo tengas muy claro; se pasa mal cuando se está en esa situación. A veces es posible que te identifiques a través de una reja o cancela, pero suelen querer verte. En el caso de centros sociales, a veces es habitual entregar un listado de autoinculpaciones, es decir, un listado de gente que dice que ha participado en la okupación, con lo que se intenta acotar la gente que será citada a declarar. Antes funcionaba mejor, porque los jueces citaban a todo el listado, pero ahora es frecuente que saquen, aconsejados por la policía, a una o varias personas de esa lista. Adjuntamos modelo en el glosario. Algunas veces la policía puede pasar a identificar como parte del plan de seguridad ciudadana ya que para ellxs lxs personas que decidimos okupar somos potenciales delincuentes. Estas identificaciones no van al juzgado, solo son para sus bases de datos y usarlas en caso de necesitarlas”. OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación... Op. cit.*, Págs., 76-77. “Por tanto, en el caso de una vivienda okupada, en el marco de unas diligencias de investigación llevadas a cabo por la policía (con

habitual estos delitos son llevados a cabo o bien por personas con pocos recursos que no pueden costearse una vivienda por vivir en la indigencia, las cuales en muchísimas ocasiones viven al margen de la sociedad y están indocumentados, o bien son grupos de carácter político más o menos clandestinos donde no existe una constancia oficial de las personas que forman parte del mismo. Una prueba de la dificultad que supone la identificación del sujeto activo, sobre todo en el ámbito penal, sería el hecho de que incluso si se produjese una detención de los ocupantes mientras están cometiendo, supuestamente, de forma flagrante un delito de usurpación de inmuebles, será muy difícil acreditar, a los efectos de determinar el sujeto activo y los diferentes elementos del tipo, si esas personas se encontraban desde hacía tiempo en el inmueble, si habían entrado sin consentimiento, o si su estancia en ese momento era puntual o episódica, por ejemplo⁴⁴⁶.

Frente a estos casos, existirán autores identificados o fácilmente identificables en los supuestos de okupaciones, por parte de *colectivos okupas*, que sean mostradas públicamente, comunicadas y reivindicadas de diversas formas: mediante panfletos, pintadas en las paredes, sábanas colgadas con pintadas reivindicativas, visualización ostensible del signo okupa, banderas, ruedas de prensa... En estos supuestos, salvo que la estrategia procesal sea otra, no se suelen plantear problemas de identificación si los okupas no sólo no niegan haber realizado el hecho que se les imputa, sino que además lo reivindican como suyo, lo reconocen y se enorgullecen del mismo. Son, pues, los

orden expresa del Juzgado de identificar a lxs moradorxs del inmueble) convendría no reconocer que vives allí en el caso de ser identificadxs”. OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación...* Op. cit., Pág., 80.

⁴⁴⁶ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* Op. cit., Págs., 22. Afirma MAGRO SERVET que “en la práctica se dan muchos casos en los que la mera comparecencia policial supone el abandono de la vivienda, con lo que no se requeriría la intervención judicial [para la recuperación del inmueble], pero ello no quita el hecho de que sea constitutivo de delito, por lo que sería interesante que se proceda a tomar declaración a los ocupantes. El problema es que, en estos casos, por razones obvias, la designación de domicilio, en el que llevar a cabo las notificaciones se torna en dificultosa si estamos hablando de personas sin residencia que cometen este delito para tener un lugar donde residir”, en << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario...* Op. cit., Pág., 90. Consideramos que tal “comparecencia policial” sólo se producirá si hay previa denuncia o, si es evidente la claridad y gravedad de la ocupación (v. gr., por tratarse de un espacio público que ha perdido su original destino -antiguas estaciones de ferrocarril, casas de camineros-, o por presentar evidentes signos de violencia en las vías de acceso al inmueble por fractura de la puerta...). La determinación e identificación del sujeto activo requerirá no sólo la previa denuncia, sino también la declaración del titular del inmueble al objeto de que, como afirma MAGRO SERVET, “declare sobre los hechos y manifieste si la ocupación es con su consentimiento o no”, en << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario...* Op. cit., Pág., 88.

casos en que se solicita la absolución razonando la legitimidad de la okupación y el ejercicio de una desobediencia civil ante normas que consideran injustas.

Cuando no se pudiera identificar por ningún medio, a los autores de las ocupaciones practicadas estaríamos ante un supuesto de archivo de las actuaciones por falta de autor conocido (artículo 641.2 LECrim.) pese a estar debidamente justificada la perpetración del delito que hubiese dado motivo a la formación de la causa, con la consecuencia positiva de la recuperación del inmueble para su legítimo titular⁴⁴⁷.

Continúa GÓMEZ IBARGUREN afirmando que “en lo que respecta al ámbito civil, el problema no es tan grave como en el penal... A pesar de que en el artículo 399 LEC se exige, como requisito de la demanda, el identificar a la persona o personas demandadas, la jurisprudencia ha admitido dirigir la demanda contra personas indeterminadas, como es el caso de dirigirse contra los "ignorados herederos de X" o la herencia yacente [o ignorados okupantes]. Por otra parte, cumpliría con los requisitos procesales de la demanda a la hora de su notificación, ya que se puede señalar perfectamente el domicilio donde deba notificarse el escrito de demanda”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Cfr., ZULUETA, E.: << La okupación como delito político >> en *Diagonal*, 12 al 25 de mayo de 2005. Pág., 14; GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Págs., 22-23. Dispone el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Procederá el sobreseimiento provisional: ... 2º. Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”.

⁴⁴⁸ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Pág., 23. Aunque el artículo 399.1 de la LEC exige que aparezcan en la demanda “*consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados*”, la dificultad de identificación individualizada de los demandados, ha permitido a la jurisprudencia a través del artículo 7.3 de la LOPJ la legitimación pasiva de los “ignorados ocupantes”. Dice así el referido artículo 7.3: “*Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción*”. Explica MARTÍ MARTÍ esta forma de la legitimación pasiva: “En los supuestos de demandas contra “ocupas” la jurisprudencia ha tenido que solucionar el procedimiento de identificación de la parte demandada. Evidentemente el movimiento “okupa” no funciona con una identificación subjetiva definida. Como colectivo, en multitud de ocasiones no aparece con una identificación clara, y como sujetos individuales éstos van cambiando, produciéndose la entrada y salida en la ocupación del inmueble por sujetos que de ser demandados individualmente podemos encontrarnos que en la fecha del juicio ya no ocupa el demandado sino otro que comparecería en fechas próximas al juicio, y así sucesivamente hasta el absurdo. La SAP de Girona, Sección 2ª, de 7 de mayo de 1998, resuelve la cuestión de la legitimación pasiva, con la aplicación del art. 7.3 de la LOPJ. En la referida sentencia se demandó a las personas que giraban o actuaban bajo el nombre de “Casal Popular La Maret” por constar esa identificación en la finca. En el proceso, la demandada alegó falta de legitimación pasiva al carecer de personalidad propia, al ser ésta una mera identificación de un colectivo de personas que debían ser demandadas individualmente, al no guardar relación entre ellas, ni entre éstas y el

mencionado "Casal Popular". La Audiencia Provincial de Girona rechaza tal argumentación al aplicar la LOPJ, que en su art. 7.3 reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones, o grupos que resulten afectados, a fin de proteger los intereses colectivos e incluso los difusos, potenciando así la legitimación al admitir la intervención activa o pasiva en el proceso de personas o incluso grupos que mantengan una relación con el objeto de la *litis*, reputada legalmente suficiente para que comparezcan en la causa. Esta Sentencia viene a intentar identificar al movimiento como "*entes o uniones de facto*" que sin una estructura orgánica reglada responden a unos mismos parámetros en la ocupación del inmueble, que pueden llegar a denominarse asociación, centro o asamblea. La Sentencia desestima la falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues al actuar los componentes del "Casal" de forma asamblearia y sin estructura jerárquica, puede comparecer en juicio representado por cualquiera de ellos a quien se otorgue facultad de gestión, que allí se dio al entregar a la compareciente "los papeles" con la lógica finalidad de intervenir para la protección de los intereses del grupo. La innecesariedad de demandar a cada uno de los integrantes en la ocupación es proclamada por dicha sentencia al referirse a: "... no es suficiente la existencia de un simple interés en el resultado del litigio, para que haya que demandar a todos los que puedan estar afectos por el mismo, ya que se trata de un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario...". Criterio éste además mantenido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1991, 25 de febrero de 1992 y 3 de noviembre de 1994. Establece la citada Sentencia que, en ese caso, puede comparecer en juicio la parte demandada representada por cualquiera de los ocupantes a quien se le otorgue la facultad de gestión, por lo que se evitan las imperfecciones del proceso que podrían producirse al abandonar la ocupación un miembro subjetivo identificado o entrar en ésta otro sujeto que comparezca en el proceso pocos días antes de la fecha señalada para el juicio. De otro modo nunca podría celebrarse juicio oral, si en los inmediatos días anteriores a éste compareciera en el proceso un nuevo miembro "ocupa" que manifiesta tener interés en el pleito y solicita se le considere parte demandada. Conclusión a la que también llega la SAP de Palencia de 19 de diciembre de 1995 a la que más adelante se hará mérito. Ahora, con esta solución jurisprudencial, al entender a la parte demandada como "*ente o unión de facto*", cualquier modificación o variación en sus miembros no tiene efectos dilatorios ni suspensivos en el proceso, considerándose el emplazamiento efectuado suficiente para que comparezcan en el juicio oral los que manifiesten tener interés. La Audiencia Provincial de Girona, en la Sentencia referida entiende que no se produce indefensión en esta forma de notificación "genérica" al quedar garantizados los principios de contradicción, audiencia y defensa, por lo que la citación al colectivo ha de considerarse plenamente eficaz al llegar a su destinatario, al ser entregada y recibida por uno de los usuarios, poseedores y ocupantes del inmueble identificado en la diligencia, que se encontraba en el mismo, cumpliéndose así la finalidad de dicha diligencia de citación. En estas actuaciones se demandó nominalmente a un "Casal" por aparecer esta identificación en la finca. En caso de que el colectivo "ocupa" no aparezca identificado cabe la citación y emplazamiento a los "ignorados ocupantes". La designación de "ignorados ocupantes" y el emplazamiento de éstos en la finca ocupada o incluso mediante edictos en la puerta de entrada en la finca, caso de negarse a su recepción, cumple con el mandato al actor que impone el art. 155 de la LEC. En efecto, ciertamente en determinadas ocasiones, aunque la Ley no lo imponga de modo expreso y a fin de que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida, es necesario e imprescindible que el actor dirija su demanda contra todos los que tengan evidente y legítimo interés en la acción ejercitada y puedan, como consecuencia de ello, resultar afectados por las declaraciones de la Sentencia, ya que de otra forma o la ejecución del fallo resultaría imposible o de él podrían desprenderse efectos contradictorios para los interesados, o en último término se conculcaría el principio general del derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Ello no ocurre en el caso de emplazamiento a "ignorados ocupantes", como tampoco lo es a "ignorados herederos", admitiéndose por la jurisprudencia tal identificación como parte demandada, posibilitando tras el emplazamiento que se identifiquen algunos ocupantes que quieren ser parte individualizada, codemandada siempre con los "ignorados ocupantes". De esta forma se permite la asistencia al proceso de forma individualizada, pero se impide que el cambio de sujetos ocupantes derive en una continua suspensión del procedimiento por este concepto. Y ello por cuanto los "ignorados ocupantes" siempre serán parte codemandada, habilitando cualquier nueva entrada en la finca ocupada sin que ello motive nuevo emplazamiento. Ello es admitido por la SAP de Barcelona, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2002, en la que los "ignorados ocupantes" de los pisos ocupados fueron citados mediante edictos y a través del sistema edictal les fueron comunicadas todas las resoluciones recaídas en el procedimiento; admitiendo finalmente la Sentencia el desahucio "contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca"; doctrina recogida posteriormente en la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Esplugues de Llobregat (Barcelona) en el juicio verbal 466/2005". MARTÍ MARTÍ, J.: << Desahucio por precario contra el movimiento "ocupa" >> en *Diario La Ley*, Nº 6446, Sección Doctrina, 22 de marzo de 2006, año XXVII. Editorial La Ley. Págs., 4-7; MARTÍ MARTÍ, J.: << Proceso de desahucio frente a los colectivos

En nuestra opinión, la necesidad de imputar personalmente el hecho a su autor (persona física determinada) impide, a diferencia del orden jurisdiccional civil, que en el ámbito del Derecho penal se pueda dirigir un procedimiento contra “los ignorados okupas”, no existiendo otra solución que acordar el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones hasta la completa identificación de su autor/es, sin perjuicio de la práctica de diligencias de investigación pertinentes y necesarias encaminadas al esclarecimiento de los hechos denunciados, identificación de su autor y circunstancias tanto adversas como favorables del presunto reo; para una vez practicadas proceder al dictado, mediante auto, de la resolución que conforme al artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal corresponda⁴⁴⁹.

“okupas” >> en *Diario La Ley*, Nº 7442, Sección Tribuna, 9 de julio de 2010, año XXXI. Editorial La Ley. Págs., 5-6; MARTÍ MARTÍ, J.: << Los colectivos “okupas” y la respuesta del Derecho Penal >> en *Diario La Ley*, Nº 7556, Sección Tribuna, 27 de enero de 2011, año XXXII. Editorial La Ley. Págs., 1-2. “Nuevamente, en una sentencia más reciente, la dictada por la Sección 13ª, de la AP de Barcelona, el 15 de julio de 2008... rollo 909/2007, se admite el emplazamiento y citación a los ignorados ocupantes. La sentencia de la Sección 13ª, de la AP de Barcelona, en su Fundamento de Derecho Tercero, adopta el art. 437 de la LEC como habilitador del emplazamiento de los ocupantes mediante el emplazamiento a los “ignorados ocupantes”, al permitir este artículo que al establecer los datos a consignar en la demanda no hayan de relacionarse forzosamente los nombres y apellidos de los demandados; lo cual además ya venía siendo reconocido por el TS (sentencias 15 de noviembre de 1994, 1 de marzo de 1991). Basta, pues, cualquier circunstancia que permita la identificación del demandado”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Proceso de desahucio frente a los colectivos “okupas” >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Pág., 6; MARTÍ MARTÍ, J.: << Los colectivos “okupas” y la respuesta del Derecho Penal >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Pág., 2. “El problema principal... es el de la identificación de los demandados... Especial mención merecen aquellos casos en los que los *okupas* constituyen algún tipo de grupo o colectivo, que incluso a veces figura en pintadas del propio inmueble. En estos casos, la Sentencia de la AP de Girona, Sección 2ª, de 7 de mayo de 1998 permite perfectamente dirigir la demanda contra los mismos”. DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << ¿Qué hacer ante los *okupas*? >> en *SepínNET revista. Arrendamientos Urbanos*. Nº 282. Julio-agosto, 2007. Ed. Sepín. Pág., 16.

⁴⁴⁹ Dispone el artículo 779.- “1.- Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: 1ª.- Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. 2ª.- Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento. 3ª.- Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. 4ª.- Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775. 5ª.- Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los

1.2.- Sujeto pasivo

Siendo el sujeto pasivo el titular del bien jurídico protegido, o en palabras de ANTOLISEI, “*el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito*”; su concreción es consecuencia ineludible de la determinación previa del bien jurídico protegido⁴⁵⁰.

Todo delito tiene un sujeto pasivo que puede ser tanto una persona física (imputable o inimputable) como jurídica, y el propio Estado, inmediatamente en algunos delitos (v. gr., delitos de traición), y de modo mediato en los demás delitos en cuanto encarna el interés de la sociedad en que sean respetados los bienes jurídicos que el Derecho penal tutela. No pueden ser sujetos pasivos los difuntos, los animales, ni las cosas o entes inanimados, pues, no son titulares de derechos⁴⁵¹.

trámites previstos en los artículos 800 y 801. 2.- En los tres primeros supuestos, si no hubiere miembro del Ministerio Fiscal constituido en el Juzgado, ni hubieren interpuesto recurso las partes, se remitirán las diligencias al Fiscal de la Audiencia, el que, dentro de los tres días siguientes a su recepción, las devolverá al Juzgado con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula de "visto", procediéndose seguidamente en este caso a la ejecución de lo resuelto”.

⁴⁵⁰ ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*. DEL ROSAL, J., Y TORIO, A. (TRADUCTORES). Ed. U.T.E.H.A. (Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana). Buenos Aires, 1960. Pág., 137; MIR PUIG amplía el concepto de sujeto pasivo al incluir no sólo al titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, sino también al portador de ese interés, en *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 230. “Desde otra perspectiva [sujeto pasivo es] el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 361. “Sujeto pasivo del delito es el portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido”. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Teoría jurídica del delito/1*. Ed. Tecnos, 5ª edición. Madrid, 1997. Pág., 71.

⁴⁵¹ Cfr., RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 397-398; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito... Op. cit.*, Pág., 48; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Págs., 45-49; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 361-364; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 262-263; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 114-115; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.* Págs., 229-231. “No pueden ser sujetos pasivos del delito los muertos, porque un muerto no es nunca titular de bienes e intereses”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 284. “Sujeto pasivo por definición no puede ser un muerto, ya que no es destinatario de bienes jurídicos, ni siquiera de honor”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ed. PPU, S.A. (Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.), 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE. Barcelona, 1994. Pág., Pág., 276. “Deben distinguirse [en relación al honor y los difuntos], dos posibles situaciones: la de la persona viva que es calumniada o injuriada y posteriormente fallece; y la de las calumnias o injurias a una persona ya fallecida: ... [La primera situación] no plantea problemas desde la perspectiva de la tipicidad del hecho, pero sí respecto del ejercicio de la acción procesal... (A diferencia del CP/1973, en el vigente no se hace ninguna mención al

La precisión del sujeto pasivo no sólo posee una importancia constructiva, sino también una gran trascendencia práctica. De quién sea el sujeto pasivo pueden depender:

- *La impunidad o no del autor:* el consentimiento sólo es válido, en orden a la exclusión de la responsabilidad criminal, si lo presta el sujeto pasivo,

ejercicio de la acción penal en caso de injuria o calumnia contra una persona que posteriormente fallece sin haber podido interponer la correspondiente querrela. Se trata de una injustificada exclusión de la protección penal del derecho al honor que sólo puede ser en parte paliada por el ejercicio de acciones civiles por parte de sus herederos)... [La segunda situación implica que] como sólo puede ser titular de derechos la persona viva, no puede lesionarse el honor del fallecido. Ello no impide que la falsa imputación o la afirmación injuriosa pueda ser sufrida indirectamente por sus familiares y allegados [o herederos], e incluso que el hecho afecte al debido respeto a la memoria de los muertos, pero ni lo uno ni lo otro forman parte del bien jurídico honor que se defiende en los delitos de calumnia e injuria, por lo que el hecho será atípico, aunque puede dar lugar a otras consecuencias jurídicas (Por ejemplo, las que establece la legislación civil LO 1/1982 artículo [4] de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que la propia ley justifica en el respeto a la memoria del fallecido como prolongación de los derechos de la personalidad)". MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 28.- Delitos contra el honor >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 886-887 y 906. En contra de este parecer mayoritario conforme al cual los difuntos no pueden ser sujetos pasivos de los delitos de injuria y calumnia (Antón Oneca, Jiménez de Asúa, Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, Rodríguez Mourullo, Muñoz Conde, Bajo Fernández) CEREZO MIR sostiene que "al ser el heredero representante legal del difunto, podrá ejercitar en todo caso la acción por injuria o calumnia, según el artículo 215.1 aunque no trascienda a él. El heredero actuará aquí como continuador de la personalidad moral del difunto y no como representante de la sociedad, en cuyo caso sería más lógico que ejercitara la acción el Ministerio Fiscal. El honor, como dice Welzel, es un aspecto de la dignidad humana, que sobrevive en cierta medida a la muerte". en *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Teoría jurídica del delito/1...* *Op. cit.*, Págs., 71-72. "Normalmente, la presencia de varios sujetos pasivos dará lugar a varios delitos en concurso, pero en ocasiones el tipo requiere lo que se ha denominado sujeto pasivo masa, esto es, que la acción afecte a una generalidad de personas (art. 74.2 CP)". MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 132. "Sujeto pasivo masa, figura que surge en el ámbito de los fraudes que afectan a una multitud de personas y comportan la ficción de considerarlas como un sujeto unitario... La doctrina del "sujeto pasivo masa" persiguió colmar, por la vía de la integración jurisprudencial, con claro cuestionamiento del principio de legalidad, lo que desde puntos de vista político criminales y de justicia material pudiera estimarse como insuficiencia del Código: en el caso de los fraudes colectivos, el castigo individual de las diferentes infracciones, conducía a la aplicación de penas irrisorias... Es la Ley, y sólo ella, la que puede acotar y modificar, en su caso, el ámbito de lo punible. Y esto se ha pretendido alcanzar con la redacción dada al artículo 74.2 del Código Penal" COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 362-363. "La titularidad de los intereses jurídico-penalmente protegidos corresponde siempre en primer lugar al Estado. Únicamente así se explica que la vida del feto, del recién nacido, del que se halla en un estado de coma prolongado, de aquél acometido por *taedium vitae*, estén tuteladas, lo mismo que la libertad sexual de la mujer menor de doce años [en la actualidad trece años] que presta su asentimiento para yacer con un varón... El Estado defiende el respeto a la vida, libertad sexual, provocación sexual, a la propiedad, al honor, a la libertad, independientemente de que en el caso concreto haya un interés real de una determinada persona física o jurídica, e incluso aunque los "interesados" deseen en el caso particular verse libres de esa protección estatal, o carezcan de todo interés psicológicamente hablando. Es más cuando el consentimiento del afectado por el delito es tenido en cuenta, lo es porque el Estado concede relevancia a ese consentimiento". RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 397-398.

y la excusa absolutoria del artículo 268 CP presupone que el sujeto pasivo se halle respecto del sujeto activo en una determinada relación de parentesco⁴⁵².

- *La posibilidad de atenuar o agravar la pena:* la individualización del sujeto pasivo tiene importancia para atenuar la pena en el número 5º del artículo 21 CP, para agravarla en los números 2º y 4º del 22 CP (estos preceptos se refieren a la víctima o al ofendido), y para atenuar o agravar, según los casos, en el artículo 23 CP (que habla de agraviado).
- *Otros efectos legales:* como los previstos en los artículos 48 y 80.6 del Código Penal⁴⁵³.

⁴⁵² “El consentimiento no requiere reunir los requisitos necesarios para una declaración negocial del Derecho civil, puesto que constituye una *institución propia del Derecho penal*. No importan aquí los principios de protección del menor de edad o del tráfico jurídico, sino sólo si el consentimiento excluye el merecimiento de pena del hecho consentido. Desde este punto de partida arranca la teoría jurídico-penal de los requisitos del consentimiento. a) No es preciso que el sujeto que consiente disponga de la *capacidad jurídico-civil* para negociar válidamente, sino que basta en principio la capacidad *natural* de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento. Sin embargo, en algunos delitos se señalan límites de edad más elevados... b) ... En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia [entre la teoría de la declaración de la voluntad y la teoría de la dirección de voluntad], que exige (sólo) que el consentimiento sea *reconocible* externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho civil. Ello no es óbice para que en *algún* caso la ley pueda requerir que el consentimiento se manifieste *expresamente*... c) ... No es preciso que el autor tenga conocimiento del “acuerdo” (si este es reconocible externamente, según lo dicho), para que quede desplazado el tipo de delito de que se trate. Sin embargo, quien actúa desconociendo el consentimiento no quedará impune, sino que será punible por tentativa inidónea... d) *No* es aplicable la teoría jurídico civil de los vicios de la voluntad. La coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño sólo lo hacen cuando afectan a la *cantidad* y *cualidad* de la injerencia consentida. *No* hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos, el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración. Existe error en los motivos cuando afecta sólo a la razón o motivo por el cual se consiente”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.* Págs., 524-526.

⁴⁵³ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.* Pág., 230. La excusa legal absolutoria se recoge en el artículo 268 del Código Penal: “1.- *Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.* 2.- *Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito*”. Entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el artículo 21 establece: “*Son circunstancias atenuantes: 5ª.- La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*”. Y el artículo 22: “*Son circunstancias agravantes: 2ª.- Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente... 4ª.- Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones*

1.2.1.- DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

No debe confundirse el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido) y la *persona sobre la que recae físicamente la acción típica* (sujeto pasivo de la acción, que forma parte del objeto material), pues, aunque en ocasiones puedan coincidir (como en los delitos de homicidio, lesiones, etc.) son conceptos teóricamente diferenciables.

Asimismo, es preciso distinguir el sujeto pasivo del *perjudicado*. Este segundo concepto es más amplio, pues abarca no sólo al titular del interés lesionado de modo central (esencial) por el delito, sino a todos quienes soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas; lo que es importante para determinar la responsabilidad civil derivada del delito⁴⁵⁴.

de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad". La circunstancia mixta de parentesco se regula en el artículo 23: "*Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente*". Entre las penas privativas de derechos, dispone el artículo 48: "1.- La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida. 2.- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3.- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4.- El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan". Finalmente y como requisito previo a la concesión del beneficio de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, establece el artículo 80: "6.- En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena".

⁴⁵⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 132; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 230. A título ilustrativo de la distinción entre ambos conceptos leemos en el Profesor SANTA CECILIA GARCÍA, F., que en el delito de daños el sujeto pasivo "ha de ser el propietario o propietarios de la cosa dañada, titulares del bien jurídico protegido atacado por el delito, pues en el delito de daños se tutela la propiedad en sentido estricto. El mero poseedor podrá tener, a efectos procesales, la condición de *perjudicado*, pero por no ostentar la cualidad de propietario no puede ser sujeto pasivo del delito de daños. También pueden

ser sujeto pasivo del delito las personas jurídicas, incluso indirecta o directamente el propio Estado”, en *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Págs. 256-257. “El concepto de perjudicado no siempre coincide con el de víctima del delito, ni siquiera con el de sujeto pasivo del mismo. Si el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por el delito, el perjudicado es todo aquél a quien se extienden sus efectos y está legitimado para ejercer la acción civil correspondiente; esta distinción es apreciable, por ejemplo, en el art. 113 CP donde se precisa que la indemnización de perjuicios no sólo comprende los causados "al agraviado", sino también "a sus familiares o a tercero””. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Pág., 612. “Muy importante es hoy en día el concepto de víctima o perjudicado del delito, que ha dado lugar al nacimiento de una rama de la Criminología, la Victimología”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Pág., 262. “No... [existía hasta la Ley 4/2015, de 27 de abril] un "estatuto jurídico" de la víctima en nuestro ordenamiento... La normativa comunitaria (Decisión Marco, del Consejo Europeo, de 15 de marzo de 2001, relativa al "Estatuto de la víctima en el proceso penal") ha impulsado el giro mencionado, definiendo el propio concepto de "víctima", ausente de la legislación procesal española tradicional (ésta solo se... [refería] al "ofendido", "agraviado" o "perjudicado")”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología*... *Op. cit.*, Pág., 186. El artículo 1 de la referida Decisión Marco, del Consejo Europeo, de 15 de marzo de 2001, define a la víctima como: “la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N° L 082 de 22/03/2001. Pág., L 82/2 ES. “La victimología, o estudio de la víctima, tanto en su papel activo o pasivo en el surgimiento y producción del delito como posteriormente en la resolución del conflicto provocado por el delito (relaciones de la víctima con el delincuente o delincuentes, con otras víctimas, con la sociedad y grupos sociales más próximos, o con la Justicia y otras Administraciones e instituciones públicas, tras el delito: en general, en la investigación policial, el proceso penal, la reparación o indemnización, la posible conciliación con el delincuente, durante la ejecución penal, etc.), surge primero como un segmento parcial de la criminología, pero actualmente tiende a independizarse, al menos en buena medida, de aquélla, por más que continúa habiendo múltiples defensores de su encuadramiento dentro de la criminología. Por lo demás, en los últimos años se ha propuesto una nueva especialidad de la dogmática jurídico penal basada en la aplicación de conocimientos victimológicos, con el nombre de "victimodogmática", entendiendo por tal el estudio de la influencia que el comportamiento activo o pasivo de la víctima y su contribución, accidental, imprudente o incluso voluntaria o intencionada, a la producción del delito puede tener en la determinación de la responsabilidad penal del autor, a veces atenuándola o incluso excluyéndola: problemas de consentimiento del sujeto pasivo en la lesión o en el riesgo, de exclusión de la imputación objetiva en algunos casos, de concurrencia de culpas, de provocación, de menor o inexistente "necesidad y merecimiento de protección" de la víctima y, correlativamente, de menor o inexistente "necesidad y merecimiento de pena" en cuanto al autor, etc.”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Pág., 43. En relación a la víctima del delito como objeto de la Criminología, *Vid.*, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*... *Op. cit.*, Págs., 123-226; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología*... *Op. cit.*, Págs., 107-216; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: << El redescubrimiento de la víctima: Victimización secundaria y programa de reparación del daño. La denominada “victimización terciaria” (El penado como víctima del sistema legal) >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 15, año 1993. Págs., 1-17; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: << La victimología y su irrupción en el panorama criminológico >> en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*. CUADRADO IGLESIAS, M., Y NÚÑEZ BOLUDA, Mª DE LOS D. (DIRS.). BERROCAL LANZAROT, A.I., JIMÉNEZ PARÍS, T.A., CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (COORDS.). Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2015. Págs., 2137-2152; DE HOYOS SANCHO, M.: << La armonización del Estatuto de las víctimas en la Unión Europea >> en *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. MIR PUIG, S., Y CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.) Y GÓMEZ MARTÍN, V. (COORD.). Ed. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2012. Págs., 409-423. MAZA MARTÍN, J.M.: << Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 29, año 1994. Págs., 1-49. El 5 de septiembre de 2014, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima. *Vid.*, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 5 de septiembre de 2014. Núm., 115-1. Págs., 2-26. “Se trata fundamentalmente de la transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de diciembre de 2012, que sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. La finalidad de nuestra Ley Orgánica sería recoger en un solo texto el catálogo de derechos de la víctima, proporcionando además un concepto omnicomprendivo de la misma para desarrollar a continuación sus derechos”. MANZANARES SAMANIEGO,

J.L.: << Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal >> en *Diario La Ley*. Año XXXV. Nº 8351. Sección Doctrina, 10 de julio de 2014. Editorial La Ley. Pág., 1. “Las garantías de las víctimas que incluye la reforma del proceso penal en España, superan las normas mínimas establecidas en la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento y Consejo de Europa”. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: << La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español >> en *Diario La Ley*. Año XXXVI. Nº 8518. Sección Tribuna, 14 de Abril de 2015. Editorial La Ley. Pág., 14. Vid., OBSERVATORIO DE LA JUSTICIA Y DE LOS ABOGADOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID: *Cuestiones Generales sobre el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito. Área Procesal Penal*. <http://www.otrosi.net/article/proyecto-de-ley-del-estatuto-de-la-victima-del-delito>. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito*. Madrid, 31 de enero de 2014. Págs., 1-92. Voto particular que formulan las Excmas. Sras. Vocales D^a Roser Bach Fabrego y D^a María Concepción Sáez Rodríguez al acuerdo adoptado en el punto 1-19º del orden del día del Pleno del Consejo General del Poder Judicial celebrado el 31 de enero de 2014, por el que se aprobó el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito, y al que se han adheridos los/las Excmos/as. Srs/as. Vocales D. Álvaro Cuesta Martínez, D^a Clara Martínez de Careaga García, D. Rafael Mozo Muelas, D. Enrique Lucas Murillo de la Cueva, D^a Mercé Pigem Palmés. Madrid, 3 de febrero de 2014. Págs., 1-14. Tras su tramitación parlamentaria fue sancionada, promulgada y publicada en el BOE la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Según se establece en su Preámbulo: “La finalidad de elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal... Los antecedentes y fundamentos remotos del presente Estatuto de la víctima del delito se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización, y que fue el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea, germen de la normativa especial posterior. El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del Informe de la Comisión Europea de abril de 2009, que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado Estatuto. Respecto de España, este Informe destaca la existencia de un marco normativo garante de los derechos de la víctima, aunque gran parte de esos derechos son exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular, esto es, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 18 de mayo de 2011, denominada «Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea», reitera el examen de los aspectos de la protección existente hasta la fecha que conviene reforzar y la necesidad de un marco europeo de protección, como el diseñado con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección. En este contexto, se ha producido la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. Procede, por tanto, transponer al derecho interno, no sólo las cuestiones que traslucía el informe de la Comisión de 2009 respecto al grado de transposición de la Decisión Marco 2001/220/JAI, sino también las cuestiones pendientes de transponer con arreglo a las Directivas especiales y los nuevos derechos y exigencias que recoge la nueva Directiva de 2012. Así pues, el presente texto legislativo no sólo responde a la exigencia de mínimos que fija el legislador europeo con el texto finalmente aprobado en la citada Directiva 2012/29/UE, sino que trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado...El presente Estatuto de la Víctima del Delito tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad”. La definición general de víctima se recoge en el artículo 2 de

1.2.2.- SUJETO PASIVO Y OCUPACIÓN PACÍFICA

Afirma POLAINO NAVARRETE que “existe... una correlación entre sujeto pasivo y bien jurídico, de manera que el sujeto pasivo se convierte en una figura trascendental de la teoría del delito en tanto se identifica con el titular del bien o valor jurídicamente tutelado por el Derecho penal”⁴⁵⁵.

La concreción del sujeto pasivo es una consecuencia ineludible de la determinación previa del bien jurídico protegido; así, COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES

Ley: Artículo 2.- Ámbito subjetivo. Concepto general de víctima. *“Las disposiciones de esta Ley serán aplicables: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se trate de los responsables de los hechos: 1º.- A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar. 2º.- En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito”*. Afirmaba MANZANARES SAMANIEGO en relación al Proyecto y aplicable a la Ley que “el precepto coincide en buena parte con la definición de víctima en el art. 2.1 a) Directiva 2012/29/UE, pero también presenta algunas diferencias por cuanto, además de calificar expresamente a las víctimas como directas e indirectas, apartándose así del criterio de la directiva, añade el supuesto de la desaparición de una persona. En todo caso, sólo la persona física puede ser víctima y el daño ha de ser causado directamente por el delito... [La determinación que de la víctima indirecta hace el proyecto] deja fuera del concepto a los “perjudicados” que, no siendo víctimas directas como sujetos pasivos del delito, tampoco se incluyen en... [los] supuestos de víctimas indirectas”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal >>... *Op. cit.*, Pág., 5. “El estatuto de la víctima del delito, aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, es una norma que transpone la Directiva 2012/29/UE a nuestro derecho interno, y extiende su ámbito de aplicación a quien ha padecido cualquier tipo de perjuicio como consecuencia de un delito, sea físico, material o moral, y no sólo a las víctimas directas sino también a las indirectas, como familiares o asimilados (art. 2). En esta ley se les reconoce el derecho a la protección, para garantizar su vida, su integridad, su libertad y su seguridad, así como su intimidad y su dignidad (art. 19), y se regulan un conjunto de medidas que se ordenan a estas finalidades. Asimismo se les reconoce el derecho a participar activamente en el proceso penal no solo ejerciendo la acción penal y la civil, y compareciendo ante las autoridades para proporcionarles las fuentes de prueba o las informaciones de que disponga (art. 11), sino también el derecho a recibir la notificación del auto de sobreseimiento si se hubiera dictado y la legitimación para recurrirlo (art. 12), así como a participar en la ejecución de la sentencia condenatoria (art. 13). También prevé la ley que las víctimas puedan acceder a los servicios de justicia restaurativa con el fin de lograr una adecuada reparación material y moral (art. 15)”. MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 7ª edición actualizada con la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, de 5 de octubre. Valencia, 2015. Pág., 83. *Vid.*, RD 1109/2015, de 11-XII, que desarrolla el Estatuto de la víctima del delito y regula Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

⁴⁵⁵ POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* *Op. cit.*, Pág., 46.

ANTÓN, T.S., “sólo la titularidad del bien jurídico determina la condición de sujeto pasivo”⁴⁵⁶. Hay diferentes pareceres en la doctrina y jurisprudencia al respecto.

A) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad

Para aquel sector doctrinal y jurisprudencial que considera el bien jurídico protegido como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad, el sujeto pasivo es únicamente el poseedor cuya posesión deriva del dominio; es decir, *la persona propietaria en quien coincide posesión de hecho y dominio*⁴⁵⁷.

Así la Jurisprudencia *menor* afirma: “sólo puede ser sujeto pasivo del delito el propietario del inmueble vivienda o edificio que tiene afectada la posesión de estos bienes por una acción de ocupación o de permanencia”⁴⁵⁸, y “sujeto pasivo sólo puede ser el titular público o privado del dominio”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 361.

⁴⁵⁷ De esta opinión, Vid., RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M^a.P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid...* Op. cit., Págs., 152-154; BLANCO PEÑALVER, A.: << Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. K. Usurpación >> en *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal. Tomo II.* GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIR.)... Op. cit., Págs., 1648-1649; BENTABOL MANZANARES, F.: *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades...* Op. cit., Pág., 60. Sorprende que IBARRA SÁNCHEZ, J.L., afirme que el bien jurídico protegido es la “posesión sobre un inmueble no destinado a morada”, y concluya que “el sujeto pasivo tendrá que ser necesariamente su titular. De este modo quedarían impunes aquellas conductas cometidas contra un sujeto que no sea su titular (...), quedarían fuera por lo tanto aquellos cuyo derecho suponga simplemente la posesión o el usufructo”, en << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley...* Op. cit., Pág., 6. Consideramos que si se sostiene que el bien jurídico protegido es la posesión sobre un inmueble, sujeto pasivo debería ser cualquiera que ostente la legítima posesión, sea o no propietario.

⁴⁵⁸ Vid., Audiencia Provincial de Girona, sec. 3^a, A 30-9-2002, n° 463/2002, rec. 360/2002, Pte: Capdevila Salvat, Carmen (EDJ 2002/65249); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2^a, S 19-1-2012, n° 5/2012, rec. 85/2011, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2012/7443); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1^a, S 8-6-2012, n° 248/2012, rec. 1390/2011, Pte: Barbarín Urquiaga, M^a Josefa (EDJ 2012/359349); Audiencia Provincial de Girona, sec. 3^a, S 24-2-1998, n° 64/1998, rec. 728/1997, Pte: Hormazábal Malarée, Hernán (EDJ 1998/9270).

⁴⁵⁹ Vid., Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3^a, S 25-1-2013, n° 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653).

Según esta concepción que considera, en definitiva, el bien jurídico protegido como la propiedad (al hacer coincidir dominio y posesión de hecho en una misma persona), quedan excluidos de protección penal por no ser titulares del bien jurídico protegido y, por ende, no poder ser considerados sujetos pasivos, tanto los poseedores en los cuales su posesión se encuentre vinculada a cualquier otro derecho (real limitado o personal) sobre la cosa que no sea el dominio (v. gr., usufructuario, arrendatario...), como los poseedores en los que su posesión no esté vinculada a ningún derecho (v. gr., precarista, usucapiente del dominio o de un derecho real limitado poseíble...).

B) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada

Sujeto pasivo del delito de ocupación pacífica es aquél que ostente sobre el inmueble, vivienda o edificio, la posesión como hecho y el *ius possessionis* o derecho de posesión derivado de la misma, siempre que se conciba el bien jurídico protegido como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada. Puede ser, por tanto, sujeto pasivo ora el propietario (cuando coincidan en él, dominio y posesión de hecho, es decir sea el poseedor inmediato), ora el poseedor que ostente la posesión como hecho, cuando se haya desgajado el uso o disfrute del inmueble de la titularidad sobre el mismo. *En resumen, sería sujeto pasivo cualquier poseedor de hecho del inmueble (con independencia de quién tenga el ius possidendi o derecho a poseer -que es una cuestión a dilucidar en la vía civil-)*⁴⁶⁰.

La Jurisprudencia *menor* que sostiene esta concepción de bien jurídico protegido afirma: “*sujeto pasivo del delito sancionado en el art. 245 lo es cualquiera al que corresponda la utilización del bien*”⁴⁶¹, y “*es preciso, en este sentido, un efectivo goce y disfrute por parte del sujeto pasivo de la cosa en cuestión, de manera que la posesión*

⁴⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, A., Y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial...* Op. cit., Pág., 409; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial. II (1) Delitos contra el Patrimonio...* Op. cit., Pág., 402; MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 959; MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario...* Op. cit., Pág., 90; ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*... Op. cit., Pág., 564.

⁴⁶¹ *Id.*, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 11-4-2008, nº 259/2008, rec. 16/2008, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda (EDJ 2008/87347).

*comporte la correspondiente utilidad para el titular*⁴⁶². En este mismo sentido otras sentencias afirman: “*el sujeto pasivo tanto puede ser el propietario como otra persona que, por cualquier otro título, tenga la posesión legítima de la vivienda y se vea desposeído de ella por la acción del autor*”⁴⁶³, y “*no toda ocupación de un inmueble constituye el delito de usurpación en él tipificado sino solo aquella que supone la puesta en peligro de la posesión del sujeto pasivo*”⁴⁶⁴.

Dada la elasticidad del dominio, que permite que se encuentre diferenciada la propiedad de la posesión sobre la misma cosa, y que esté desgajado el uso o disfrute del inmueble, de la titularidad sobre el mismo; según esta concepción del bien jurídico protegido como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada, no sería sujeto pasivo del delito, aunque sí perjudicado, el dueño cuando sea poseedor mediato y no ostente la posesión como hecho aunque sí como derecho (v. gr., cuando sea un nudo propietario que ha cedido en usufructo el inmueble, vivienda o edificio, o se trate de un arrendador, etc.).

C) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario

Si se considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario (tranquilo disfrute de las cosas inmuebles entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión, del dominio o de cualquier otro derecho real o personal sobre las mismas) sujeto pasivo del delito sería tanto el poseedor cuya posesión deriva del dominio, como cualquier poseedor de hecho del inmueble, y también el dueño, aunque no tenga la posesión como hecho (poseedor mediato)⁴⁶⁵.

⁴⁶² Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, A 30-9-2011, nº 623/2011, rec. 523/2011, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2011/307061).

⁴⁶³ Vid., Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 7-7-2005, nº 374/2005, rec. 121/2005, Pte: Ramos Almenara, Pedro (EDJ 2005/308442); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 6-9-2001, nº 458/2001, rec. 4362/2001, Pte: Carmona Ruano, Miguel (EDJ 2001/54826); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2003/133177).

⁴⁶⁴ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 30-6-2006, nº 601/2006, rec. 390/2005, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2006/342038).

⁴⁶⁵ BENEYTES MERINO, L.: << De la Usurpación >> en *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis*. CONDEPUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 920; QUINTERO

OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7º)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 70-71; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 656; ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 347-348; MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 1960-1961; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.... *Op. cit.*, Pág., 155; CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...* *Op. cit.*, Pág., 252; ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 198; HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* *Op. cit.*, Págs., 74; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 379; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996. Pág., 352; GARCÍA PÉREZ, J.J.: << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1800; HERRANZ CASTILLO, R.: << Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda >> en *Actualidad Jurídica Aranzadi...* *Op. cit.*, Pág., 5; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* *Op. cit.*, Pág., 125; BAUCCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 713; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales, vol. V...* *Op. cit.*, Pág., 11; CALABUIG COSTA, M^a L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 811. “Sujeto pasivo del delito será el titular del dominio del inmueble, así como también los eventuales titulares de otros derechos reales sobre el mismo que puedan verse afectados por la conducta ocupatoria ilícita”. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El sistema de la parte especial. Volumen I.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* *Op. cit.*, Pág., 503; BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* *Op. cit.*, Pág., 238; “Sujeto pasivo será, en cada caso, el titular del bien inmueble o derecho real inmobiliario afectado por el comportamiento”. HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 291. “El sujeto pasivo es el propietario o titular del derecho real”. VICENTE MARTÍNEZ, R.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. (DIRS.); NIETO MARTÍN, A., Y PÉREZ CEPEDA, A.I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 554. “Sujeto pasivo, puede serlo tanto el propietario como quien tenga el derecho a ocupar el inmueble”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 502. “El sujeto pasivo debe ser el titular de un derecho real que comporte la posibilidad de utilizarlo (el llamado *ius utendi*)”. OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >> en *Jueces para la Democracia. Información y Debate...* *Op. cit.*, Pág., 62. “Sujeto pasivo es en principio el propietario... pero cabe pensar también en el poseedor legítimo del mismo, pues es su tenencia y disfrute lo que se ven impedidas por la conducta típica”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL

No faltan autores (FERNÁNDEZ APARICIO, HERRERO HERRERO, BRAGE CENDÁN) que consideran que no puede ser sujeto pasivo del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles el titular de un derecho obligacional (v. gr., arrendatario, subarrendatario, precarista, comodatario), considerando que únicamente puede ser sujeto pasivo el titular del derecho real que acarree el *ius utendi*⁴⁶⁶.

GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1678. Consideramos que dado que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, BRAGE CENDÁN no mantiene la correlación necesaria que ha de existir entre uno y otro, pues después de afirmar que el bien jurídico protegido es “el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación no sólo en la propiedad sino también en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos”, establece como titular del bien jurídico, es decir como sujeto pasivo, únicamente al “titular de un derecho real que acarree el *ius utendi*... por lo que el sujeto pasivo no podrá ser el titular de un derecho obligacional”, en << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 20. Si se protege en este delito el *ejercicio de la posesión* como algo diferenciado de la propiedad o del ejercicio de cualquier derecho real sobre un inmueble, la consecuencia lógica necesaria es que el sujeto pasivo puede ser el titular de un derecho obligacional (arrendamiento, comodato), pues, de otro modo no tendría sentido que en el bien jurídico se dijera que se protege el ejercicio de la posesión diferenciándolo de la propiedad y del ejercicio de un derecho real. Sorprende, igualmente, que si SERRANO PIEDECASAS considera el bien jurídico como “la propiedad inmobiliaria y los derechos reales afectados. El tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de la propiedad de cualquier derecho real es el objeto jurídico de referencia. Subsidiariamente el Derecho penal refuerza con su intervención el derecho de todo poseedor a ser respetado en su posesión (art. 446 CC) y el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las dispuestas en las leyes (art. 348 CC)”, en << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 400-401, termine limitando en extremo quién puede ser el sujeto pasivo, al afirmar que “sujeto pasivo sólo puede ser el titular público o privado del dominio”, en *Ibidem*. Pág., 416. Consideramos que tal afirmación sólo sería admisible si se considera el bien jurídico no como el patrimonio inmobiliario sino como la propiedad.

⁴⁶⁶ “Respecto al sujeto pasivo del delito parece que sólo puede serlo el titular de un derecho real que acarree el *ius utendi*, en base a la expresión “titular”. Una interpretación sistemática pone de relieve que en el núm. 1 de este artículo se castiga a quien ocupa una cosa inmueble o usurpa un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena. Luego el sujeto pasivo no puede ser titular de un derecho obligacional. Así un arrendatario o un subarrendatario o un mero precarista no pueden ser sujetos pasivos del delito. Si estos sujetos se ven privados de la cosa, civilmente podrán acudir a un interdicto de recobrar la posesión y en el caso del arrendatario podrá conminar a su arrendador a que ejercite las correspondientes acciones reales para recobrar la cosa, dada la obligación de éste de garantizar la posesión pacífica de la misma. Desde un punto de vista penal el arrendatario pudo ser objeto de un delito de coacción... Ciertamente se puede contra argumentar que estamos restringiendo la expresión “titular”. No es menos verdad que no existe en todas las ocasiones una identificación entre los conceptos penales y los civiles, administrativos, etcétera. En ocasiones hay una significación *ad usus poenarum*. Pero no es menos cierto que el legislador procura evitarlo mediante la propia definición en el Código Penal, véase *ad exemplum* el art. 26 sobre concepto de documento. No es éste el caso que analizamos por lo que a esperas de la jurisprudencia debemos considerar que cuando dice “titular” es titular en sentido real y no obligacional. Otro elemento a favor de esta interpretación es la propia voluntad del legislador ¿qué desea el legislador? Evitar mediante la sanción penal la ocupación de inmuebles en el sentido vulgar abandonados. Un inmueble arrendado, por definición, debe estar ocupado. Precisamente porque el artículo 27 f) de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 al igual que el 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 permite la resolución del contrato cuando la vivienda quede sin ocupar o deshabitada. Se trata, por tanto, de proteger al propietario. El hecho de que la Ley Hipotecaria permita la inscripción de los arrendamientos de vivienda no convierte este derecho obligacional en real. El círculo de los sujetos pasivos no se cierra en el

No obstante, los partidarios de la hipótesis bien jurídico protegido patrimonio inmobiliario sostienen que el interés protegido en este delito *es el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos. Así, pues, conciben el bien jurídico protegido como el patrimonio inmobiliario, que abarca no sólo la propiedad sino también todas aquellas relaciones jurídicas distintas del dominio que suponen un derecho de una persona al uso y disfrute de dichos inmuebles*. La respuesta a la pregunta *¿a quién corresponde el tranquilo disfrute de los inmuebles?*, permitirá concluir si un titular de un derecho obligacional puede ser sujeto pasivo del delito. Consideramos que es “titular” del tranquilo disfrute de los inmuebles: “quien tiene facultad para autorizar la entrada, sea el dueño o un tercero”⁴⁶⁷, o “cualquiera que tenga

propietario, también el usufructuario es titular de un derecho real. Es tradicional la definición de usufructo como *est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. Por consiguiente, como titular de este derecho real puede sufrir la conducta típica del art. 246.2 [léase 245.2] también el enfiteuta puede ser sujeto pasivo del delito”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*... *Op. cit.*, Pág., 1316. “Teniendo en cuenta que la figura de usurpación... parece referirse, en todo momento, a la protección de derechos reales, relacionados con inmuebles, los sujetos pasivos de esta modalidad de usurpación habrán de ser, únicamente, los titulares de dichos derechos. Y, por tanto, los titulares de derechos de origen contractual no podrán ser sujetos pasivos de esta figura delictiva. La defensa de estos últimos derechos habrá de realizarse por acciones de carácter civil, siempre que (y es de lo que aquí se trata) no existiere violencia por parte de los agresores de los mismos”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales*... *Op. cit.*, Pág., 164. “En relación con el sujeto pasivo de este delito estimamos que únicamente podría serlo el titular de un derecho real que acarree el *ius utendi*, y ello debido a la utilización en este precepto de la expresión “titular”, por lo que el sujeto pasivo no podrá ser el titular de un derecho obligacional. De este modo coincidimos con Fernández Aparicio cuando afirma que un arrendatario o un subarrendatario o un mero precarista no pueden ser sujetos pasivos del delito, de modo que si estos sujetos se viesen privados de la cosa, civilmente podrían acudir a un interdicto de recobrar la posesión, y tratándose de un arrendatario podría conminar a su arrendador a que ejercite las correspondientes acciones reales para recobrar la cosa, teniendo en cuenta la obligación de éste de garantizar la posesión pacífica de la misma. Sin embargo, el círculo de sujetos pasivos no se encierra en el propietario, sino que el usufructuario o el enfiteuta, en cuanto que titulares de un derecho real, pueden sufrir la conducta típica del art. 245.2 del Código Penal y, por tanto, ser considerados como sujetos pasivos de este delito”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Págs., 20-21. Esta postura parece seguir MANZANARES SAMANIEGO cuando dice: “en cuanto al sujeto pasivo, también la literalidad del precepto apunta en exclusiva al propietario”. Si bien, parece desdecirse al continuar afirmando: “pero de ese modo... se marginaría a los arrendatarios y usufructuarios, que son los verdaderamente afectados en su poder de disposición y, por ende, los directamente perjudicados por el delito. Algún autor entiende, no obstante, que puede ser sujeto pasivo tanto el propietario como quien tenga derecho a ocupar el inmueble, y considera que el caso se aproxima al del hurto de uso de vehículos a motor”, en << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 222; *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II. - (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Pág., 478.

⁴⁶⁷ SERRANO GÓMEZ, A., Y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 409.

un vínculo jurídicamente protegido con la cosa inmueble”⁴⁶⁸. Tanto esa facultad de autorización, como ese vínculo con el inmueble (que permita la entrada o exclusión de terceros) pueden proceder de un arriendo, un subarriendo, un comodato, o un precario... en definitiva del titular de un derecho obligacional. Por ello, hemos de considerar perfectamente viable que el titular de un derecho de crédito sea sujeto pasivo del delito. Además, no puede obviarse que aunque el origen de esa *facultad* o *vínculo* con el bien inmueble sea un derecho obligacional, del mismo se deriva una situación posesoria (situación jurídico-real) que es lo que realmente se protege en este delito (desde una perspectiva patrimonial, amén de orden público y seguridad del tráfico)⁴⁶⁹.

La Jurisprudencia *menor*, de manera mayoritaria sostiene que “*el sujeto pasivo puede ser tanto el propietario, como la persona que tenga derecho a ocupar el inmueble*”⁴⁷⁰. En otras sentencias: “*el sujeto pasivo puede ser tanto el propietario, como*

⁴⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Ariel, S.A., 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día. Barcelona, 1991. Pág., 188.

⁴⁶⁹ GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Págs., 397-398. “El sujeto pasivo se define en el Código como el “titular”. Evidentemente, es un término que no tiene un contenido civil, y parece más bien, que el Código pretende Aludir a cualquiera que tenga una facultad de disposición sobre el inmueble”. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales... Op. cit.*, Pág., 131. “No hay problema alguno para que el sujeto pasivo del delito sean personas que no tengan exclusivamente la condición de propietarios del bien inmueble, ya que podrán serlo todos aquellos que tengan derecho a poseer u ocupar el bien inmueble objeto del delito. De este modo, podrán ser sujetos pasivos también los arrendatarios o los que tengan la pacífica posesión del bien por cualquier título, como por ejemplo los precaristas. En este sentido, es necesario subrayar que el sujeto pasivo del delito, aunque puede que no sea propietario, debe tener siempre capacidad para autorizar la estancia en el inmueble de una persona extraña que no tenga título legítimo alguno para habitarlo u ocuparlo”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Pág., 5.

⁴⁷⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 22-4-2009, nº 462/2009, rec. 28/2009, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2009/107244); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2011/27692); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquivia Bartolomé, Mª Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 29-5-2000, nº 342/2000, rec. 549/1998, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2000/31461); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 2006/439248); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ

*la persona que tenga derecho a ocupar el inmueble o lo esté poseyendo lícitamente*⁴⁷¹, y “*sujeto pasivo del delito (propietario o persona con título bastante para ocuparlos)*”⁴⁷².

De acuerdo con este parecer sería sujeto pasivo del delito tanto la persona que ostente la posesión real de goce y disfrute socialmente manifiesta (v. gr., un usufructuario, o un arrendatario) como el propietario del inmueble, vivienda o edificio respecto del cual ostentase la posesión mediata (posesión como derecho), pero no la posesión inmediata (como hecho) al haber sido cedida dada la elasticidad del dominio (v. gr., cuando sea un nudo propietario que ha cedido en usufructo el inmueble, vivienda o edificio, o se trate de un arrendador, etc.).

2007/262810); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 18-11-2008, nº 1066/2008, rec. 209/2008, Pte: Barabino Ballesteros, Nuria Alejandra (EDJ 2008/355612); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 144/2006, rec. 87/2006, Pte: Julia Igual, Mª José (EDJ 2006/305439); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-3-2001, rec. 46/2001, Pte: González Fernández, Javier (EDJ 2001/8637); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro (EDJ 2003/149138); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 10-11-2010, nº 384/2010, rec. 160/2010, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2010/330130); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2013/220746); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-2-2010, nº 94/2010, rec. 17/2010, Pte: Gurrera Roig, Matilde (EDJ 2010/49246); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 77/2013, Pte: Goded Herrero, Beatriz (EDJ 2014/46138); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066).

⁴⁷¹ Vid., Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 3-12-2004, nº 249/2004, rec. 199/2004, Pte: Martínez Ruiz, Tárila (EDJ 2004/283436);

⁴⁷² Vid., Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 3ª, S 21-11-2003, nº 112/2003, rec. 30/2003, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2003/179080); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 17-5-2013, nº 138/2013, rec. 1025/2013, Pte: Hoyos Moreno, Jorge Juan (EDJ 2013/312578); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 27-1-2014, nº 63/2014, rec. 252/2013, Pte: Jiménez Jiménez, Mª Magdalena (EDJ 2014/10169); Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 28-10-2004, nº 565/2004, rec. 47/2004, Pte: Rodríguez Cano, Eduardo (EDJ 2004/244937); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-4-2002, nº 260/2002, rec. 126/2002, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2002/25849).

D) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario y orden público

Si además de ser el patrimonio inmobiliario el bien jurídico protegido, se sostiene que éste está integrado por el orden público, habría que considerar como sujeto pasivo del delito no sólo al poseedor cuya posesión deriva del dominio, a cualquier poseedor de hecho del inmueble, y al dueño aunque no tenga la posesión como hecho, sino también, a la comunidad en tanto que interesada en el mantenimiento de la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana⁴⁷³.

⁴⁷³ “Si bien, como en todo delito, no solo se lesiona o pone en peligro un interés individual, sino también se siente herida o conmovida la sociedad humana en donde se comete; dijérase que en cierta medida, como dice Bucelatti, la sociedad es siempre sujeto pasivo del delito”. DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I... Op. cit.*, Pág. 506. “Correlativamente a la antigua distinción entre bien jurídico inmediato y otro mediato se ha planteado la de un sujeto pasivo inmediato y otro mediato. Según este criterio, en toda suerte de delitos habría un sujeto pasivo mediato constituido por la comunidad o, para algunos, por el Estado, cuyos intereses genéricos resultan, en última instancia, afectados por cualquier clase de infracción... Ni que decir tiene que el Estado (primera persona jurídica de nuestro ordenamiento), además de su interés genérico en la no comisión de cualquier delito, es auténtico y genuino sujeto pasivo en aquellos delitos en que directamente ostente la condición de titular del bien jurídico por ellos lesionado. (Como pone de relieve Mantovani..., para evidenciar el carácter público del Derecho penal y de la pena, ya no parangonable a la venganza privada o a un resarcimiento del daño, se ha afirmado que junto al sujeto pasivo específico de cada delito hay un sujeto pasivo constante, es decir, el Estado como titular del interés público en la no comisión de infracciones)”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 361-362. “En un mismo delito pueden darse varios sujetos pasivos, como, por ejemplo, en la injuria dirigida a un grupo de personas y, especialmente, en los delitos que por su naturaleza ofenden a un número indeterminado de individuos. Los delitos que presentan esta segunda particularidad se denominan “vagos” (*vaghi*) o “vagantes” (*vaganti*), y entre ellos destacan principalmente los delitos contra la incolumidad pública”. ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*. DEL ROSAL, J., Y TORIO, A. (TRADUCTORES)... *Op. cit.*, Pág., 137. “En la mayoría de los delitos que protegen bienes jurídicos de carácter comunitario el sujeto pasivo aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de delitos vagos o que protegen intereses difusos. En otros casos... se habla del Estado como sujeto pasivo genérico presente en todo”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 262. “La extensión del concepto de sujeto pasivo a alguno de estos supuestos, como la sociedad, es posible porque no es preciso en él la formal titularidad de un derecho subjetivo (sólo concurrente en sujetos de derechos), sino que basta la del interés esencial en el delito”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 231. “¿Quién puede ser sujeto pasivo del delito?... Sociedad humana o comunidad social: la Sociedad o la comunidad social, genéricamente consideradas, constituyen también sujetos pasivos idóneos de delitos. Se trata de intereses colectivos. Así acontece v. gr., en tipos de delitos que afectan a bienes colectivos como el orden público, la seguridad vial, la salud pública, etc.”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Págs., 46-47. “En los delitos cuyo bien jurídico es individual, la condición de sujeto pasivo quedará anudada a la titularidad del citado bien jurídico. En cambio en aquellos delitos cuyo bien jurídico sea de carácter colectivo, será la sociedad, el Estado, quienes efectivamente, sean el sujeto pasivo del delito”. SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 115.

E) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario, el orden público y la seguridad del tráfico

Según nuestra postura, que sostiene que estamos ante un delito pluriofensivo en el cual se protege el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico y orden público, debemos hacer las siguientes precisiones a lo anteriormente expuesto⁴⁷⁴.

Entendemos que también es sujeto pasivo la sociedad, ya que en palabras de MIR PUIG, para ser sujeto pasivo basta con ser “*portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito*”⁴⁷⁵. Existe un interés social (función legitimadora o de legitimación de la posesión) en virtud del cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquél, así como que los

⁴⁷⁴ Frente a los delitos uniofensivos en que hay un único interés protegido, en los delitos pluriofensivos se combina el desvalor de dos o más bienes jurídicos. *Vid.*, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 131. Se produce una multiplicidad de sujetos pasivos en los delitos que lesionan o ponen en peligro varios bienes diversos (delitos pluriofensivos), cuando éstos pertenecen a personas distintas. ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*. DEL ROSAL, J., Y TORIO, A. (TRADUCTORES)... *Op. cit.*, Pág., 137.

⁴⁷⁵ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 230. “La extensión del concepto de sujeto pasivo a alguno de estos supuestos, como la sociedad, es posible porque no es preciso en él la formal titularidad de un derecho subjetivo (sólo concurrente en sujetos de derechos), sino que basta la del interés esencial en el delito”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 231. “Pues bien, en la proposición jurídico-penal que define el hurto, como en las demás de la Parte Especial, se hallan presentes distintos sujetos, y no aisladamente, sino en una específica *conexión*. Esta *conexión* se caracteriza como sigue: mientras que un sujeto (*ego*) *actúa* (generalmente de forma activa), en otro sujeto (*alter*) *recae* esa actuación y un tercer sujeto (*tercero*) está llamado a *reaccionar* frente a ella con una pena”. MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método...* *Op. cit.*, Pág., 27. “Pero no sólo la pena puede explicarse así como fenómeno social, sino también el delito. Si la ejecución de la pena pone en relación de interacción a dos sujetos, el Estado y el sujeto activo, la sola tipificación de un hecho como delito supone también una mediación en procesos sociales. La conminación penal abstracta funda expectativas en los eventuales sujetos pasivos, de que no serán perjudicados, y expectativas en los posibles sujetos activos, de que podrá alcanzarles la pena si delinquen. El delito aparece, pues, por de pronto, como defraudación de las expectativas de seguridad sustentadas por la comunidad. Pero la contemplación del delito desde esta perspectiva social permite a Callies concebir su contenido de forma más concreta. La norma penal no sólo garantiza la seguridad..., sino que está llamada a proteger las *posibilidades de participación* del individuo en procesos sociales. Esta es la función social de la conminación penal abstracta: garantizar la seguridad de las posibilidades de participación de los ciudadanos en la vida de interacción social. El delito atacará, pues, a ese objeto de protección, que es el verdadero contenido del bien jurídico. Con ello quiere Callies trasladar la esencia del delito desde el terreno de lo naturalístico (bien jurídico como objeto o interés empírico) y de lo subjetivo-espiritual (bien jurídico como valor ideal subjetivo), en que el positivismo y el neokantismo lo habían situado, al ámbito de lo social, única esfera específica del derecho. Se superaría de este modo la concepción del delito como fenómeno encerrado en la relación individual sujeto-objetos o sujeto-valor, para posibilitar su inteligencia como fenómeno inserto en la comunicación intersubjetiva”. MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método...* *Op. cit.*, Pág., 303.

terceros puedan confiar en dicha apariencia. En consecuencia, bajo el prisma de la función legitimadora, diríamos que la posesión es la situación jurídica que legitima a una persona en virtud de la apariencia para ejercitar el derecho que dicha apariencia manifiesta o publica, o permite a los terceros confiar en ella. La sociedad, pues, en tanto que interesada en salvaguardar esa confianza que la apariencia manifiesta, y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica, puede considerarse sujeto pasivo del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ Vid., DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I. Derechos reales en general...* Op. cit., Pág., 83-84; DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión...* Op. cit., Págs., 624-630. Como ya señalamos anteriormente al tratar del bien jurídico protegido, esta función legitimadora o de legitimación de la posesión viene legalmente reconocida en el artículo 448 del Código Civil, según el cual, “*el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo*”. Ello supone que el poseedor de una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, se presume que es el titular del derecho en cuyo concepto posee. No se reduce la presunción a la posesión en concepto de titular del derecho de propiedad sobre lo poseído, sino que alcanza a la posesión en concepto de titular de cualquier otro derecho. Así, si posee como dueño, se presume que lo es, si como usufructuario, se presume que tiene un derecho de usufructo sobre la cosa. Vid., ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit., Págs., 53-54. La presunción de ser titular del derecho que sea, se basa en la posesión del mismo en concepto de ser titular de él, y una consecuencia legal de esa función legitimadora o de legitimación de la posesión la encontramos en el artículo 9.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en redacción dada por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas), según el cual sería posible la adquisición a non domino de un derecho de arrendamiento, al establecer el referido artículo que “*Tratándose de finca no inscrita, también durarán tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo. Si el arrendador enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.571 del Código Civil. Si fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado artículo 1.571 del Código Civil, además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados*”. V. gr.: En virtud de la función legitimadora de la posesión, un ocupa de un inmueble que posee el mismo como dueño, se presume que es el titular del derecho en cuyo concepto posee (propiedad). Si dicho ocupa realiza un contrato de arrendamiento con una tercera persona, el legítimo titular del inmueble se podría ver obligado a soportar dicho arrendamiento por cinco años; en la actualidad, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de vivienda, se podría seguir viendo obligado a soportarlo aunque sólo por tres años. A fin de evitar situaciones indeseables como la anteriormente expuesta, se considera necesario tipificar esta conducta en tanto que la sociedad tiene un interés en que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular), lo cual se ve truncado por la ocupación. Situación ésta que no es un caso de laboratorio sino que se da en la realidad. Vid., TOLEDO, M.: << Proliferan las mafias que ocupan pisos desahuciados en Madrid y los alquilan para hacer negocio >> en www.20minutos.es. *Tu ciudad. Madrid*. 11/12/2012. <http://www.20minutos.es/noticia/1668501/0/pisos-desahucio/alquiler-vivienda/negociomafias/#xtor=AD-15&xts=467263>. La sociedad se encuentra, pues, interesada en evitar ocupaciones de bienes inmuebles para salvaguardar la confianza que la apariencia manifiesta, y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica; de tal manera, que la confianza que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella sea su verdadero titular). Lo que se busca al tipificar esta conducta es proteger a la sociedad de manera que sus ciudadanos no se vean confundidos por una apariencia de realidad que no es tal, sino una imagen distorsionada de la misma, como les ocurría a los cautivos de la Caverna de Platón, que la idea que se formaban de las sombras y ecos que se proyectaban y escuchaban no se correspondía con la realidad de las imágenes y voces que veían y oían. Esto que es lo que ocurre cuando posesión de hecho y derecho a poseer no son las dos caras de la misma moneda, es lo que se pretende evitar con la tipificación

También puede considerarse sujeto pasivo al Estado, en la medida en que de forma genérica sus intereses resultan siempre afectados por la comisión de una infracción penal⁴⁷⁷.

de la conducta; dotando al tráfico jurídico de una mayor seguridad. “Platón ha expresado su pensamiento sobre la verdad y la realidad de un modo intuitivo en el libro VII de la República mediante su célebre mito de la caverna. Nos ocurre a los hombres (se dice allí) exactamente lo mismo que a unos cautivos que se hallaran en lo profundo de una caverna subterránea y desde su nacimiento estuvieran encadenados a un poste de forma que nunca pudiesen volverse y necesariamente tuvieran sus rostros vueltos hacia la pared opuesta a la entrada de la cueva. A espaldas de ellos, a la entrada, corre a todo lo largo de la caverna un muro de la altura de un hombre. Detrás de ese muro, en la parte de fuera, arde una hoguera. Si entre el fuego y el muro discurrieran de acá para allá hombres que llevaran en sus brazos levantados imágenes, estatuas, figuras de animales, herramientas, etc., de modo que estos objetos rebasaran la altura del muro, ocurriría que la sombra de estos objetos, producida por el resplandor del fuego, iría a proyectarse en la pared del fondo de la caverna, e igualmente llegaría a los oídos de los cautivos el confuso eco de las voces de los hombres que detrás se mueven. Como los cautivos jamás han percibido otra cosa que las sombras proyectadas delante de sus ojos y el eco de las voces, tendrán por verdadera realidad aquellas imágenes y sombras de los objetos. Si de pronto pudieran volverse y ver los mismos objetos al calor del fuego, cuyas sombras hasta entonces únicamente contemplaron, y percibir las voces mismas en vez del sordo murmullo, quedarían ciertamente asombrados ante esta nueva realidad. Y si suponemos que les es dado salir totalmente de la cárcel subterránea y ver a los hombres, a los animales, y a las cosas verdaderas a la luz del claro sol, en vez de las meras imágenes de los objetos paseados a lo largo del muro, quedarían sin duda ofuscados ante la realidad tan nueva que ahora se les ofrece. Y si suponemos todavía que aquellos hombres privilegiados volvieran a la caverna y relataran a sus compañeros de cautiverio lo que acababan de ver y les quisieran convencer de que lo que allí se ve y se oye no es la verdadera y auténtica realidad, es muy seguro que no encontrarían fe en sus palabras y que serían objeto de burla. Y si alguien intentara librar a los cautivos y sacarlos a la luz y claridad del verdadero mundo, puede que le costara la vida. Y sin embargo, es preciso sacar a los cautivos de su caverna”. HIRSCHBERGER, J.: *Historia de la Filosofía. Tomo I.- Antigüedad, Edad Media, Renacimiento*. (Presentación, Traducción y Síntesis por LUIS MARTÍNEZ GÓMEZ, S.J.). Ed. Herder, 3ª edición. Barcelona, 1968. Pág., 108.

⁴⁷⁷ “Junto al sujeto pasivo particular de cada delito existirían un sujeto pasivo constante para todos los delitos, el Estado, por la circunstancia de que el delito ofende siempre un interés público, y precisamente aquel interés a que no se realicen acciones socialmente dañosas o peligrosas constitutivas de delito, lo que se confirmaría con el hecho de que la acción penal para la persecución del delito corresponde exclusivamente al Estado. Contra esta concepción no existen razones decisivas. Puede, sin embargo, observarse, que la admisión de un sujeto pasivo común a todos los delitos constituye una afirmación puramente teórica, que se halla privada de significado práctico”. ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*. DEL ROSAL, J., Y TORIO, A. (TRADUCTORES)... *Op. cit.*, Pág., 138. “El sujeto pasivo del delito es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito. La titularidad de los intereses jurídico-penalmente protegidos corresponde siempre en primer lugar al Estado... Sujeto pasivo puede ser lo mismo un individuo, un grupo social, una persona jurídica o el propio Estado, inmediatamente en algunos delitos, v. gr., contra su existencia como tal ente soberano e independiente, de modo mediato en los demás delitos en cuanto encarna el interés de la sociedad en que sean respetados los bienes jurídicos que el Derecho Penal tutela”. RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 397-398. “Un importante sector doctrinal distingue entre sujeto pasivo genérico o mediato y sujeto pasivo específico o inmediato. Sujeto pasivo genérico de todo delito es siempre el Estado, desde el momento en que..., la norma penal protege a los bienes, incluso cuando éstos son individuales y pertenecen a particulares, desde una perspectiva pública y en interés de toda la comunidad cuya defensa asume el Estado. Precisamente por ello, el Estado aparece siempre interesado y afectado por la comisión del delito (sujeto pasivo constante y mediato). Esta noción de sujeto pasivo genérico... sirve para subrayar la vertiente "publicista" del Derecho penal”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Civitas. Madrid, 1978. Págs., 281-282.

1.2.3.- ¿UN USURPADOR PUEDE SER SUJETO PASIVO DEL DELITO?

Nos referimos al supuesto de usurpación del usurpador; es decir, si puede ser sujeto pasivo del delito un “okupa” cuyo inmueble es posteriormente ocupado.

Al hablar del concepto de patrimonio, HUERTA TOCILDO sostiene que para ser sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa, sino que es preciso que esté relacionado con ella en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico⁴⁷⁸.

Según esta postura podría afirmarse, en un primer momento, que el usurpador podría ser sujeto pasivo (se trata de una relación protegida por el ordenamiento jurídico), ya que quien es despojado por otro de la cosa que materialmente posea, pierde el poder de hecho, o posesión corporal sobre la cosa, pero conserva durante un año (art. 460.4º CC) un poder incorporal, en cuya virtud puede, independientemente de que tenga, o no, un derecho real sobre la cosa, recuperar durante ese plazo la tenencia material mediante la oportuna reclamación judicial (art. 446 CC). Es lo que se conoce entre los supuestos de posesión como derecho, como posesión incorporal del despojado⁴⁷⁹. El Derecho civil otorga, pues, al usurpador de bienes inmuebles una tutela (la conocida como protección interdictal: arts. 446 CC y 250.1.4º LEC —en la actualidad juicios verbales y sumarios—), primero provisional (sólo frente a terceros, no frente al inicial poseedor despojado que le vencería en su posesión), y transcurrido un año definitiva, también frente al despojado (arts. 460.4, 1968.1 CC y 439 LEC), al haber perdido éste la posesión como derecho y no poder vencerle mediante el ejercicio del interdicto (juicio verbal sumario), sino sólo mediante acciones reales petitorias (a dilucidar a través de juicio ordinario)⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Vid., HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* Op. cit., Págs., 37-38; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 353.

⁴⁷⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit. Págs., 34-35. Dispone el Artículo 460 CC: “El poseedor puede perder su posesión... 4º.- Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”. Y el Artículo 446 CC: “Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen”.

⁴⁸⁰ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA

PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 198. El Derecho tutela la posesión, por sí misma, contra cualquier perturbación o despojo que sufra el poseedor, aun cuando se tenga mejor derecho, que podrá hacer prevalecer frente al poseedor, pero nunca por medio de una perturbación o despojo. En términos procesales: el poseedor goza de las acciones posesorias y el titular del derecho real tiene las acciones, además, correspondientes a su derecho, que podrá hacer valer en un proceso declarativo ordinario. La ley protege, pues, al que tiene derecho a poseer algo. Mediante el oportuno procedimiento judicial, la posesión que otro ostenta sin derecho a ella, se quita al poseedor, y se confiere a quien la misma corresponde. Pero independientemente de que tenga o carezca del derecho a poseer una cosa (o derecho), la ley protege a todo poseedor, por el hecho de serlo, contra cualquier perturbación o despojo de que sea objeto, por parte de otra persona (incluso si ésta es quien tiene derecho a la posesión de la cosa —o derecho—), que prescindiendo de la intervención de los Tribunales, ataque por su propia cuenta la posesión de aquél. A tal respecto dispone el art. 446 CC que *“Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen”*. La razón de esta protección de la posesión en sí y por sí (y no del derecho a poseer, y, solo como consecuencia de la posesión), se explica en la necesidad de mantener la paz social, evitando tanto la violencia o el despojo injustificados, como el que aun asistiéndole la razón, cualquiera se tome la justicia por su mano y obtenga por su autoridad la posesión que le pertenece, pero que ostenta otro. En nuestro Derecho no está previsto (como sí en el alemán) que el poseedor pueda defender por la fuerza su posesión. Pero la naturaleza de la posesión hace que su defensa quede confiada, ante todo, a la asiduidad y vigilancia del poseedor: principio de autotutela, de rechazar la violencia por la violencia, que aparecía en el Derecho romano y en el canónico. En nuestro Derecho, la única base legal de la autodefensa se halla en la institución de la legítima defensa (en su aspecto de defensa de los bienes) como causa de justificación de una infracción penal que pudiera cometer el poseedor para defender su posesión. La protección de la posesión en sí, se realiza mediante las acciones llamadas (con terminología del Derecho romano) interdictos (y desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000, juicios verbales y sumarios de tutela de la posesión). En teoría antes era posible la protección mediante acción posesoria no interdictal, ejercitada en juicio plenario, aunque la realidad era que, por ser más rápido y económico, el único que se utilizaba era el juicio interdictal (de retener o recobrar la posesión). Hoy la antigua protección posesoria interdictal se realiza en juicio verbal (art. 250.1.4º LEC: *“Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 4º.- Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”*), y dentro del plazo de caducidad de un año (art. 439 LEC: *“No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo”*), y asimismo, la protección posesoria no interdictal sigue siendo posible en juicio ordinario (aunque por su lentitud y mayor coste no se emplee). El interesado tiene la posibilidad general de defender su posesión contra cualquier ataque o despojo. En cualquier caso el poseedor puede, durante el plazo de un año (Artículo 1968 CC: *“Prescriben por el transcurso de un año: 1.- La acción para recobrar o retener la posesión”*) a partir del despojo, o inquietación, acudir a los Tribunales para, basándose en el solo hecho de ser poseedor (y sin entrar en la cuestión de si le corresponde o no el derecho a poseer), promover el oportuno procedimiento judicial tendente a que se devuelva la posesión o cese en la inquietación (y se evite en el futuro). Usando para ello, el juicio interdictal, hoy verbal, en que se pretende la *tutela sumaria de la posesión*. El artículo 439.1 establece el plazo de caducidad de un año a contar desde el despojo o la perturbación, de tal manera que si se presenta la demanda tras dicho plazo, se inadmite *a limine*. El número 4º del artículo 460 establece la pérdida de la posesión por el transcurso de un año que la posea otro; en consonancia con tal norma, el número 1º del artículo 1968 del CC establece la prescripción anual de la acción para recobrar o retener la posesión. Es, pues, un *plazo de prescripción* para la protección posesoria. Pero si esta protección posesoria se ejercita por medio de las acciones posesorias, el plazo del año desde el despojo o la perturbación es de *caducidad*: de forma que el juez lo tendrá en cuenta de oficio y rechazará la admisión de la demanda si aparece el transcurso de dicho plazo. La legitimación activa la ostenta cualquier poseedor perturbado o despojado (ya sea poseedor mediato o inmediato, poseedor en concepto de dueño o en concepto distinto, por el de buena o el de mala fe, por el de cosas o de derechos, e *incluso por el poseedor que lo es por haber despojado a otro de la posesión*). La legitimación pasiva la ostenta cualquiera que haya ejecutado, o por orden del que se haya ejecutado la perturbación o el despojo; incluso, contra el despojado que haya recobrado por su propia autoridad la posesión de que le privó la persona que interpone el interdicto. Asimismo, está legitimado pasivamente quien, sin haber despojado al poseedor, posee ahora la cosa, si heredó la cosa del despojante, o la recibió de éste con conocimiento del despojo. *En conclusión, el poseedor actual está protegido frente a todos los que ataquen su posesión, y es mantenido por la ley en ésta, ante cualquiera de aquéllos. También es*

Pero el hecho de que el Derecho civil conceda esa protección posesoria al despojante, no significa que esa posesión se incluya dentro de un concepto mixto (jurídico-económico) de patrimonio⁴⁸¹ y que, por tanto, se le pueda considerar como sujeto pasivo de un delito patrimonial. Por tanto, quien ocupa un inmueble ya ocupado comete un delito de usurpación, pero no contra el actual ocupante, sino contra el anterior titular del derecho sobre el inmueble: el propietario, o en su caso, el legítimo poseedor⁴⁸².

mantenido ante quien le reclame judicialmente tal posesión, salvo: 1º contra quien, dentro de un año del despojo, pruebe, en juicio posesorio, haber sido privado de su posesión por el poseedor actual, y 2º contra quien, en juicio petitorio (se llama así, por oposición al posesorio, al juicio en que se dilucida lo relativo al derecho, y no a la posesión en sí) demuestra que tiene derecho a poseer, y, como consecuencia, debe serle entregada la posesión. Cfr., ALBALADEJO GARCÍA, M.: Derecho Civil III. Derecho de bienes... Op. cit., Págs., 92-102; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario... Op. cit., Págs., 205-208.

⁴⁸¹ “Para ser considerado sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa dotada de valor económico: es preciso que disponga de ella en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico. No otra conclusión puede extraerse de la concepción mixta del patrimonio. De ello se deriva la importante consecuencia de que el poseedor antijurídico de un bien económico no pueda ser considerado sujeto pasivo de un delito patrimonial por la sencilla razón de que dicho bien, obtenido en contra del Derecho, no forma parte de su patrimonio, sino que sigue perteneciendo al patrimonio del injustamente despojado. Como dice Gallas, el Derecho penal no puede, en contra de las reglas del derecho privado, convertir en bien patrimonial protegible la ganancia ilícita. En este mismo sentido, observa Cramer que únicamente merece la consideración de bien jurídicamente protegido aquello que, de alguna manera, es reconocido por el Derecho: a ello se opondría la tutela, por parte del Derecho penal, de la posesión derivada de un acto ilícito. Y frente a estas afirmaciones no cabe invocar, como hacen algunos autores, que entonces se haría bueno el conocido refrán castellano de “ladrón que roba a ladrón tiene cien años de perdón”, ya que... la actuación de aquél no queda impune; comete, evidentemente, un delito contra el patrimonio. Pero no es el patrimonio del primer ladrón el que resulta dañado, sino el de la persona por éste despojada, que, con el nuevo delito, ve nuevamente violado su derecho a gozar y disponer libremente de la cosa y cada vez más comprometida la posibilidad de recuperarla. En consecuencia, sujeto pasivo de un delito patrimonial únicamente puede serlo, congruentemente con la teoría mixta..., el legítimo poseedor de la cosa (sea o no, a la vez, propietario), tanto respecto del primer despojo como respecto de los ulteriores si los hubiere”. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 37-39. “Para que la tenencia de una cosa goce de protección penal, dicha tenencia ha de ser lícita, requisito que el ordenamiento civil no exige para que entre en funcionamiento la protección interdictal”. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 59-60. “En consecuencia sujeto pasivo de un delito patrimonial sólo podrá serlo la persona a cuyo patrimonio pertenezca la cosa inmueble, o el derecho real sobre ella, quedando excluido de tal concepto el detentador o usurpador, ya que, en base al concepto mixto de patrimonio..., no puede decirse que la cosa inmueble o el derecho real indebidamente poseído formen parte de su patrimonio”. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 67.

⁴⁸² ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 198; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los “okupas” >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Pág., 2. La Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239), dice: “...es preciso determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por

La condición de sujeto pasivo exige que se trate de un legítimo poseedor, pues únicamente a él le es posible ser sujeto pasivo, y no a un poseedor que lo sea antijurídico, dado que en ese caso la cosa o derecho continúan formando parte del patrimonio del injustamente despojado⁴⁸³.

Además, podemos afirmar, que si uno de los bienes jurídico protegidos es (aparte del patrimonio inmobiliario) la seguridad del tráfico, (entendido como el interés que la sociedad tiene en salvaguardar esa confianza que la apariencia de la posesión manifiesta, y por tanto que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real -que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular- y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica), no puede ser sujeto pasivo quien previamente ha atentado contra el bien jurídico alterando esa apariencia que la posesión ofrece (aunque el orden jurisdiccional civil como hemos visto, le proteja durante un año de forma provisional y después de forma definitiva, mientras no se produzca el vencimiento en juicio ordinario por una acción real petitoria). Pretender hacer uso en tal caso de la protección penal, bien podría ser un abuso de derecho (art. 7.2 CC)⁴⁸⁴.

1.2.4.- LA SELECCIÓN DEL SUJETO PASIVO POR EL MOVIMIENTO OKUPA

El sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido) será previamente seleccionado por el movimiento okupa de una manera minuciosa, y responde a un plan previamente organizado y estructurado⁴⁸⁵.

tanto no serían delictivas...”. A *sensu contrario*, aquellas conductas que lo ataquen serán materialmente antijurídicas, y su autor sujeto activo, no sujeto pasivo del delito.

⁴⁸³ GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 380.

⁴⁸⁴ Dispone el artículo 7.2 CC: “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

⁴⁸⁵ Así en el *Manual de Okupación* elaborado por la OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID, leemos: “Cuando tengamos claro qué queremos, nos tocará ir de paseo, tener los ojos bien abiertos, y buscar las casas que se adapten a nuestras necesidades. Si sois un grupo suficiente, podéis dividirlos por las zonas que acordéis para dar batidas, cuanto más exhaustivas mejor. Seguramente podáis consultarles a colegas

que conozcan la zona, y os puedan orientar. Cuantas más opciones tengáis mejor, seleccionando por último las dos o tres direcciones que más os gusten. Algunas pistas que os pueden servir para saber si una casa está abandonada son el polvo y basura en el interior, tapias, suciedad en las ventanas, cartas acumuladas sin recoger, luces apagadas a todas horas... No obstante, para estar más seguros, es aconsejable marcar la puerta con alguna señal discreta, para no alertar a la propiedad de que su inmueble está siendo controlado. Una pegatina de cerrajería de las miles que hay en nuestros portales se puede pegar entre la hoja y el marco de la puerta. Si la vamos controlando periódicamente podemos saber cuándo ha sido abierta la puerta al ver la pegatina rota. Meter un papel de publicidad entre la hoja y el marco también puede servir. Si detectáis que entra alguien de vez en cuando, no os preocupéis, debéis asegurarnos bien de qué hace esa persona ahí y quién es, no obstante a menudo en las casas abandonadas entran personas sin que el edificio deje por ello de estar abandonado. Lo más importante es saber si alguien vive allí, en cuyo caso podéis descartar esa opción porque estaríamos ante un allanamiento de morada, o si hay una obra en marcha en él, lo que también sería motivo para descartar la idea... Una vez elegidos unos pocos edificios o casas, debemos recabar datos que nos permitan valorar si se adaptan a lo que buscamos. En internet encontramos herramientas de gran utilidad para esta fase del proceso: www.goolzoom.com, es una página donde encontraremos información catastral, es decir m2, distribución general del espacio sin muchos detalles, más googlemaps. Introducimos en la barra del buscador por ejemplo "Calle Teodoro Fuentetaja 89, Madrid", y nos llevará al mapa catastral de la zona, pinchamos sobre el inmueble, y se abrirá una ventana con el número de referencia catastral, volvemos a pinchar y nos aparecerá la nota del catastro de la casa. Registro de la Propiedad, en el metro Torre Arias, calle Alcalá 540. Horario de L-V de 9h a 14h y de 15h a 17h, y sábados de 9h a 14h. En la ventanilla preguntamos por los registros de las direcciones que queramos, y en ellos podemos pedir una nota simple (3,50 € aprox.) Son datos públicos, no hay ningún problema, pero quizás tengas que dar tus datos y explicar los motivos (puedes decir que eres estudiante de arquitectura, que quieres alquilar o cualquier otra excusa). En la nota encontraremos información sobre el propietario, así como otros datos de interés como cargas fiscales, embargos, etcétera. www.axesor.es, www.einforma.com, son páginas donde encontrar información financiera, dirección y otros datos gratuitos sobre las empresas propietarias del edificio. Delegación de Urbanismo del Ayuntamiento, se puede pedir un informe urbanístico con el grado de protección del edificio, licencias de obra y demolición, o calificación del terreno. Os puede servir para saber si hay algún plan de reforma o derribo inminente que pueda hacer que os larguen rápidamente alegando que tienen un proyecto en marcha. Puede que tengan concedida una licencia pero por problemas varios les haya caducado. En una vieja casa del centro de Madrid, la propietaria y los okupas lograron llegar a un acuerdo pese a la amenaza de muerte que en principio lanzó aquella: la propietaria denunciaría para cubrirse las espaldas a nivel legal frente a lo que pudiera pasar dentro del edificio, y de ese modo no hacerse responsable; además, la denuncia le serviría como excusa frente a las multas que el Ayuntamiento le imponía por el estado de abandono del edificio. La simbiosis se completaba con el interés en que los okupas se quedasen hasta que la empresaria tuviera dinero y perspectiva de negocio para iniciar un nuevo proyecto, lo que con la crisis del ladrillo parece lejano...". OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación*. 1ª edición. Madrid, octubre de 2011. Pdf. <http://www.okupatutambien.net>. Págs., 19-21. En términos similares se pronuncia la *Guía de ocupación para hogares sin techo*, y la *Okupacio Gida (Guía de Okupación)*, Redactadas ambas por la OFICINA DE OKUPACIÓN DE BILBAO. La primera de ellas dice: "Una de las preguntas que invariablemente nos hacemos cuando ocupamos una vivienda es la de quién será su propietario o propietaria. Y no por mera curiosidad: antes de ocupar, nos interesará saber, por ejemplo, si la vivienda está embargada, si está al día en el pago del IBI y otros impuestos, si pertenece a un único propietario o multitud de herederos, cuánto tiempo ha pasado desde el último cambio de propietario, si no la habrá comprado recientemente una inmobiliaria... infinidad de situaciones que pueden darnos una pista sobre las posibilidades que tendrá esa ocupación de durar en el tiempo; y aún después de haber ocupado, siempre nos interesará conocer el nombre del propietario o propietarios, pues no hemos de olvidar que en principio esa es la única persona que puede pedirnos que abandonemos el lugar, y porque no son pocos los casos en los que quien aparece por la casa diciendo ser el propietario/a realmente no lo es. En cualquier caso, nunca está de más saber quién es el propietario legal del inmueble que hemos ocupado o vamos a ocupar. Y para eso lo mejor es dirigirnos directamente al Registro de la Propiedad, incluso cuando los vecinos y vecinas nos hayan dado algún nombre o lo conozcamos por cualquier otro medio, pues no son raras las ocasiones en las que la realidad "legal" o registral es algo diferente de lo que la gente cuenta o cree. Aunque conviene también señalar que puede ocurrir lo contrario, que quien aparezca inscrito en el Registro de la propiedad no sea el propietario actual, casi siempre porque ha habido una compraventa o herencia que todavía no se ha inscrito; en este caso, conviene saber que la escritura -el documento público de compraventa firmado ante notario- o la declaración de heredero son lo que confieren a un propietario o propietaria su título como tal, aunque éste aún no haya ejercitado aún su

2.- Objeto material

El objeto material del delito es la persona (objeto material personal) o cosa (objeto material real) sobre la que recae físicamente la acción delictiva; por lo que también se le conoce como “objeto de la acción”.

No todos los delitos tienen un objeto material. Solamente puede darse en los delitos de resultado, donde la acción trasciende produciendo una modificación en el mundo exterior. Los delitos cuyo contenido del injusto consiste en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos puramente ideales (como el honor), por su propia naturaleza no se proyectan sobre ningún ente externo y, en consecuencia, carecen de objeto material. Se entiende que carecen de objeto material los delitos de mera actividad, los delitos de omisión propia y de todos aquellos en los que el resultado sea de naturaleza puramente ideal. Cuando el tipo requiere un objeto material, la ausencia de éste, en el caso concreto, puede dar lugar a la figura de delito imposible por inexistencia de objeto⁴⁸⁶.

derecho a inscribirlo en el Registro de la propiedad”. OFICINA DE OKUPACIÓN DE BILBAO.: *Guía de ocupación para hogares sin techo*. Pdf. <http://www.okupaziobulegoa.org/es/node/3>. Pág., 1. En la segunda leemos: “Informarse bien de la situación del inmueble. Asegurarse de que la vivienda está vacía. Aquel espacio que no se ha utilizado durante los últimos años, no recibe mantenimiento periódico, ninguna gestión y supone un espacio muerto para el barrio; por tanto reúne las condiciones favorables para ser ocupado. Para ello podemos utilizar diferentes métodos: hablar con l@s vecin@s, mirar si el buzón está lleno, poner una pegatina entre la puerta y el marco para saber si alguien la suele abrir... La información que hay que buscar sería: Registro de la Propiedad: solicitar nota simple con las características de la finca, propietario, asuntos pendientes... Hay dos tipos de propiedad: 1.- Propiedad pública: espacios de las administraciones (diputación, ayuntamiento, cajas de ahorro...); espacios de ciudadanía. 2.- Propiedad privada: inmobiliarias, bancos, constructoras y particulares. Registro mercantil: en el caso de que la propiedad sea de una sociedad (empresa), hay que conocer quiénes son los socios para saber a quién te enfrentas. Departamento de urbanismo: para averiguar la catalogación de la vivienda, si existe solicitud o permiso de obra, decreto de ruina, órdenes de derribo, denuncias, si está o no dentro algún plan de ordenación urbana... Otros: averiguar si el propietario paga o no la contribución, si está dado de alta en la luz, el agua, si paga recibo de la comunidad... Las asociaciones de vecin@s pueden tener información directa del inmueble, su consejo e información pueden ser muy valiosos”. OKUPAZIO BULEGOA. BILBO. (OFICINA DE OKUPACIÓN. BILBAO): *Okupacio Gida. (Guía de Okupación)*. Bilbo. Pdf. <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es/p/guia-de-okupacion.html>. Págs., 17-18. “Es conveniente visitar el Registro de la Propiedad y pedir una nota simple (donde aparecen los diferentes propietarios y otros datos). Atiende a la posibilidad de que el propietario haya podido fallecer o que haya un litigio pendiente por la propiedad de la casa, lo cual sería muy conveniente”. CSOA CASAS VIEJAS.: *Cuaderno del Okupa*. Sevilla, 2006. Pdf. <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es/p/guia-de-okupacion.html>. Pág., 6.

⁴⁸⁶ Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 275-276; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 231; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 364-366; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico*. Francis

2.1.- Distinción de figuras afines

En opinión de JUAN DEL ROSAL que “el deslinde, dentro del tipo penal, entre objeto de la acción, objeto jurídico y sujeto pasivo... [es] de inexcusable entendimiento si se quiere hacer en su día una interpretación rigurosa y técnica de los delitos en particular”⁴⁸⁷.

2.1.1.- OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO

Objeto material y sujeto pasivo, aunque en el plano conceptual son siempre susceptibles de distinción, pueden coincidir de hecho. En los delitos constituidos por bienes representados por la realidad corpórea de su titular, objeto material y sujeto pasivo se identifican, como sucede *v. gr.*, en el homicidio donde la víctima del homicidio es a la vez sujeto pasivo y objeto material del delito⁴⁸⁸.

2.1.2.- OBJETO FORMAL Y OBJETO MATERIAL

El objeto formal del delito se halla constituido por el objeto jurídico. El objeto jurídico equivale al bien jurídico; es decir, el bien objeto de la protección de la ley (un valor de la vida protegido por el Derecho). Ciertos valores carecen de toda concreción material. Otros, no obstante, se concretan y corporeizan en determinados objetos

Lefebvre. Penal 2011. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 131; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 276; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 398-399; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General.* COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 115.

⁴⁸⁷ DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I...* *Op. cit.*, Pág. 506; *Derecho Penal (Lecciones)*... *Op. cit.*, Pág. 344.

⁴⁸⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 275-276; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 364-366; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 399. “Deben distinguirse los conceptos de sujeto pasivo y de persona sobre la que recae físicamente la acción típica. En los delitos contra las personas ambos sujetos coinciden, porque en ellos el titular del bien jurídico protegido es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica. Pero ello no sucede en otros delitos, como el de estafa, en el cual el engaño típico puede recaer sobre una persona distinta de la que sufre el perjuicio patrimonial (sólo ésta constituye el sujeto pasivo, porque sólo ésta es titular del bien jurídico protegido)”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 230.

valiosos, comúnmente denominados “bienes”. En el lenguaje adoptado por la dogmática penal, el término “bien” se reserva, generalmente, para designar a los valores protegidos en sí mismos, mientras que sus posibles concreciones reales pueden coincidir con el objeto material del delito. El bien jurídico no equivale, pues, al objeto material⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 231; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 364-366; RODRÍGUEZ DEVESEA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 399. “El bien jurídico puede tener un substrato material, p. ej. la vida, o inmaterial, p.ej. la intimidad, pero dicho substrato, como realidad empírica, no constituye todavía un “bien”; sólo se puede considerar un bien si se le añade la consideración valorativa, o sea, entendido como objeto valioso (por su cualidad de condición necesaria para el desarrollo de la vida individual o social). Con mayor razón aún hay que distinguir el bien jurídico del concreto objeto material sobre el que en algunos delitos recae la acción, denominado “objeto de la acción” (típica) u “objeto material del delito”, por contraposición al bien jurídico, que un sector —por influencia sobre todo de la doctrina italiana— denomina también “objeto jurídico del delito”. Así, en el homicidio el objeto de la acción es el cuerpo humano, más concretamente un órgano vital del cuerpo, mientras que el bien jurídico es la vida como algo individual y socialmente valioso; o en delitos patrimoniales como el hurto, el robo o los daños, el objeto de la acción es una cosa, pero el bien jurídico lo constituyen la propiedad o la posesión como derechos reales sobre esa cosa”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 178. “Los bienes jurídicos descansan a veces en una realidad material (así el bien “vida”) y otros en una realidad inmaterial (así el bien “honor”), pero en ningún caso se identifican conceptualmente con su substrato... Pero el bien jurídico no sólo ha de distinguirse conceptualmente de su substrato, sino también del llamado “objeto material” del delito u “objeto de la acción”. Piénsese, por ejemplo, en delitos como el atentado a Autoridad, agente de la misma o funcionario, en que el bien jurídico es la seguridad interior del Estado (en cuanto depende del principio de autoridad), que carece de substrato empírico, mientras que el objeto de la acción es la persona de la Autoridad, agente o funcionario, sobre la cual recae el delito. También resulta esclarecedor el ejemplo de hurto. En este delito el objeto de la acción es la cosa sustraída y el bien jurídico, en cambio, la propiedad de la misma. En la distinción conceptual expresada entre objeto de la acción y bien jurídico (objeto jurídico) existe amplio acuerdo en la doctrina. Pero las opiniones se dividen a la hora de precisar la relación existente entre el bien jurídico y su substrato empírico”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 162. “La opinión de que el objeto material debe aparecer como concreción más o menos directa del bien jurídico ha sido sostenida por autores de la talla de Rocco y von Liszt. No obstante, en la actualidad, prevalece la tesis contraria que niega la necesidad de cualquier relación entre uno y otro, rechazándose, incluso, posturas intermedias que se limitarían a requerir una relación de repercusión, mediante la cual sólo vendrían a ser objetos materiales del delito los objetos de la acción cuando la proyección de ésta sobre los mismos se reflejase en la producción de un peligro para el bien jurídico. Sin embargo, las posturas intermedias parecen las más aceptables, pues no cabe concebir un elemento del hecho típico que, como hemos visto, representa la dimensión material del tipo, como algo totalmente desconectado del bien jurídico, en el que se encarna su contenido de sentido ideal”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 365. “Distinto del bien jurídico es el objeto de la acción, que es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica (por ejemplo: la cosa mueble ajena en el hurto) y que en los delitos de resultado suele ser destruida o al menos puesta en peligro (por ejemplo, la cosa dañada en el delito de daños; la vida puesta en peligro en un delito de conducción temeraria de un vehículo a motor). En algunas ocasiones pueden coincidir ambos conceptos (bien jurídico y objeto de la acción) sobre un mismo objeto (por ejemplo, en el homicidio), pero incluso en este caso se puede distinguir entre el objeto, como objeto material físico sobre el que recae la acción, y el objeto jurídico, como bien o valor ideal al que la ley reconoce su protección. Así por ejemplo, en el hurto o en el daño el objeto material sobre el que recae la acción es la cosa (una valiosa porcelana china) y el valor ideal que se protege (la propiedad o posesión) es el bien jurídico”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 261-262.

2.1.3.- *CORPUS DELICTI* Y OBJETO MATERIAL

El concepto de cuerpo del delito es, un concepto ciertamente amplio y de muy escaso rigor técnico. Podemos afirmar que el *corpus delicti* es un concepto procesal, frente al objeto material que es puramente penal. Siguiendo, los artículos 334 y 335 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se puede considerar cuerpo del delito al conjunto de instrumentos o efectos utilizados para la comisión del hecho (*“las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito”*, art. 334 LECrim), así como la persona o cosas sobre las que recayó la acción delictiva (*“la persona o cosa objeto del delito”*, art. 335 LECrim). En un sentido amplio el *corpus delicti* englobaría tanto la persona o cosa objeto del delito (el objeto material), como los instrumentos y efectos del delito. Aunque este concepto procesal amplio, que viene a mezclar el cuerpo, y los instrumentos, precisa de una mayor concreción técnica, pues, teóricamente son distinguibles, no es infrecuente la equiparación de ambos conceptos. Así, JIMÉNEZ DE ASÚA afirma que “el cuerpo del delito es el objeto material del mismo y, en todo caso, el instrumento con que se perpetra”⁴⁹⁰; y JUAN DEL ROSAL, que “el objeto material no es otra cosa que el famoso *corpus delicti*”⁴⁹¹.

La importancia teórica del objeto material en la dogmática penal del presente es muy inferior a la que ostentara en otros tiempos. El *corpus delicti*, en su acepción de objeto material, desempeñó en una época un papel semejante al que en la actualidad se atribuye al tipo de injusto. Esa concepción ha sido, sin embargo, abandonada porque respondía a un estado primitivo de la dogmática penal en el que los puntos de vista sustantivos y procesales no se hallaban suficientemente diferenciados⁴⁹².

⁴⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito...* Op. cit., Pág., 236.

⁴⁹¹ DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I...* Op. cit., Pág. 506.

⁴⁹² ASECIO MELLADO, J.Mª.: *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición. Valencia, 2012. Págs., 191-192; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 364-366. Disponen así los artículos 334 y 335 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Artículo 334.- “El Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida. El Secretario judicial extenderá diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos”. Artículo 335.- “Siendo habida la persona o cosa objeto del delito, el Juez instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias, y especialmente todas las que tuviesen relación con el hecho punible. Si por tratarse de delito de falsificación cometida en documentos o efectos existentes en

dependencias de las Administraciones Públicas hubiere imprescindible necesidad de tenerlos a la vista para su reconocimiento pericial y examen por parte del Juez o Tribunal, el Secretario judicial los reclamará a las correspondientes Autoridades, sin perjuicio de devolverlos a los respectivos Centros oficiales después de terminada la causa". "El cuerpo del delito se regula en los artículos 334 y ss. LECrim. El cuerpo del delito es la persona o cosa sobre la que recae el delito, esto es, lo que constituye el objeto del delito; por el contrario, todas las demás cosas a las que se refiere la LECrim, como instrumentos, huellas, vestigios, armas, efectos, etc. no son propiamente cuerpo del delito, sino medios para su comisión o huellas de su realización. Sin embargo, la LECrim maneja un concepto muy amplio de cuerpo del delito (o al menos lo agrupa bajo esta rúbrica del Capítulo II del Título V del Libro II) y, por ello, es preciso distinguir: a) Armas, instrumentos o efectos de cualquier clase relacionados con el delito (art. 334 y 338)... b) La persona o cosa objeto del delito...". LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal. Tomo I*. Ed. Aranzadi, 5ª edición. Navarra, 2012. Pág., 1138-1139. "Bajo la expresión de cuerpo del delito se comprenden conceptos y actuaciones muy diversas, porque tanto hace referencia a las armas, a los instrumentos o los efectos que puedan tener relación con el delito, como a la persona misma que sufre sus consecuencias, o incluso con esa denominación la Ley se refiere a las cosas objeto de delito como, por ejemplo, las cosas robadas, objeto de hurto o de estafa; es decir, que engloba cualquier tipo de referencia a los rastros visibles que puede dejar cualquier hecho delictivo (Ramos Méndez). Pues bien, entre las diversas actuaciones que la Ley regula bajo la rúbrica "Del cuerpo del delito" (arts. 334 a 367), pueden distinguirse, con Aguilera de Paz, el *cuerpo del delito* en sentido estricto, los *instrumentos* para su ejecución y las *piezas de convicción*. El cuerpo del delito en sentido estricto viene siempre referido a la persona o cosa objeto del mismo, contra la cual iba dirigido el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos. Los *instrumentos*, también llamados *piezas de ejecución*, designan los medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito. Y, finalmente, se denominan *piezas de convicción* a todos los objetos, huellas y vestigios que, no siendo lo uno ni lo otro, tienen relación con el delito y pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho criminal. Son denominados, por otra parte, efectos judiciales, ciertos elementos relacionados con el delito vinculados al proceso, y comprenden aquellos bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un proceso penal (art. 367 bis), que podrán ser realizados anticipadamente e incluso destruidos (el Capítulo II bis en el que se regula esta actividad es consecuencia de la trasposición de la Decisión Marco de 2003 sobre ejecución en la Unión Europea de resoluciones de embargo y aseguramiento de prueba). Todo ello indica que los delitos pueden incidir sobre cosas o personas de muy distinta manera, de modo que lo importante no es tanto llegar a un concepto de cuerpo del delito, sino comprender que en torno a lo que se llama cuerpo del delito la Ley regula una serie de diligencias que es imprescindible llevar a cabo para la buena marcha de la investigación y del juicio oral; en definitiva, para aportar al proceso una serie de objetos inanimados que sirvan para atestiguar la realidad de un hecho, todo ello como piezas de convicción (art. 688; ver STS de 6 abril 1987)". MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal... Op. cit.*, Págs. 223-224. La Jurisprudencia intenta diferenciar los conceptos efectos, instrumentos y cuerpo del delito, aunque la LECrim se refiera a todos bajo la rúbrica de "Cuerpos del delito" en el Capítulo II, del Título V, del Libro II. Así el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 6-2-1982, Pte: Hijas Palacios, José (EDJ 1982/570): "Por el cuerpo del delito, ha de entenderse según la rúbrica general que antecede al artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, en sus inmediaciones, en poder del reo o en otra parte. Este concepto procesal amplio, que viene a mezclar el cuerpo, y los instrumentos, precisa de una mayor concreción técnica y así la doctrina considera, bien que son todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otra cosa que sea efecto inmediato del delito mismo o que se refiera a él de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba. *El verdadero cuerpo del delito doctrinalmente, sería la persona o cosa objeto del delito*. Más modernamente se distingue entre cuerpo material del delito, sobre el que recae éste; cuerpo del delito accidental, que se incorpora a los autos como piezas de convicción; cuerpo del delito por situación que tienen relación con el mismo, por el lugar, por entrar en el mismo sitio del delito, en las inmediaciones, en poder del reo o de tercero". Los instrumentos, efectos y cuerpo del delito, pasan a denominarse *piezas de convicción* una vez que se ha agotado la instrucción de la causa, y ésta se remite al Tribunal competente para conocer del delito. Así, el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 24-10-1990, Pte: Vivas Marzal, Luis (EDJ 1990/9662): "Las denominadas piezas de convicción, que han de elevarse por el Instructor a la Audiencia, al concluir el sumario, y que han de estar presentes y visibles durante las sesiones del juicio oral, pueden consistir en el *corpus delicti*, en los efectos del delito o en los instrumentos del mismo; siendo éstos últimos los que más frecuentemente merecen ese calificativo de piezas de convicción". En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 1-2-1983, Pte:

2.2.- Inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada

La cosa sobre la que recae físicamente la acción (ocupar o mantenerse contra la voluntad del titular), en el delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles, previsto y penado en el artículo 245.2 del Código Penal, es el *“inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada”*⁴⁹³.

2.2.1.- TEORÍA SANCIONATORIA VS. TEORÍA AUTÓNOMA DEL DERECHO PENAL. MÉTODO EXEGÉTICO-EXPERIMENTAL

El artículo 245.2 del Código Penal al tipificar el objeto material emplea términos usados en otras ramas del Derecho, especialmente en el Derecho privado. Como ya vimos al analizar el bien jurídico protegido, ello motiva en la doctrina una polémica en torno a cómo deben ser entendidos dichos conceptos, si en el sentido originario que ostentan en el Derecho privado, limitándose el Derecho penal a sancionarlos (*teoría sancionatoria del Derecho penal*); o bien de modo independiente, con un significado distinto al que tienen en otras ramas del Derecho (*teoría autónoma del Derecho penal*).

La primera teoría parte del carácter sancionatorio del Derecho penal, dejando a la exclusiva competencia del Derecho civil la determinación del significado de los términos que se refieren al Derecho privado. No considera, por tanto, las exigencias particulares del Derecho penal, que obstaculizan la recepción pura y simple de los conceptos delineados en el Derecho privado. Pero tampoco la otra teoría es convincente,

Vivas Marzal, Luis (EDJ 1983/652): “De las piezas de convicción, se ocupa la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 391, 438, 620, 622, 626, 629, 634, 635, 654, 688, 712, 726 y 844, entre otros, pudiéndose entender, por dichas piezas, a tenor de los citados artículos 712 y 726 y de las aportaciones de la doctrina científica, los instrumentos y efectos del delito, los libros, documentos y papeles y, en general, todos aquellos objetos inanimados que puedan servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se hayan incorporado a la causa, bien uniéndolos materialmente a los autos, bien conservándolos, debidamente etiquetados, a disposición del Tribunal, aunque con independencia de la materialidad de los mentados autos”.

⁴⁹³ “En el delito de usurpación el inmueble no es simplemente el “escenario” de realización de la conducta típica, como ocurre en el caso de otros comportamientos injustos en que el bien jurídico ofendido es diferente o más amplio (v. gr., robo en casa habitada, allanamiento...), sino que constituye el objeto material de la acción delictiva”. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado... Op. cit.*, Pág., 541.

porque no puede afirmarse *a priori* que los conceptos elaborados en otras ramas del Derecho no tengan ninguna validez para el Derecho penal.

Se trata de un problema de interpretación que se debe resolver caso por caso. De método exegético-experimental lo califica HUERTA TOCILDO. El punto de partida debe ser la aceptación de esos conceptos tal como vienen elaborados del Derecho privado. Es necesario; sin embargo, que tales nociones sean de nuevo examinadas a la luz de las normas jurídicas penales y comprobar las consecuencias que se derivan de su aplicación. Si de dicho examen resulta que la completa y rigurosa aplicación de los conceptos privatísticos lleva a resultados que están en oposición con la finalidad asignada a las normas penales y a las propias exigencias del Derecho penal, deben realizarse en dichos conceptos las modificaciones que sean indispensables para evitar los resultados citados. Operándose así no se invade el campo del Derecho privado y se evitan las confusiones terminológicas que tanto dificultan la solución de los problemas jurídicos⁴⁹⁴.

A través de este método exegético-experimental vamos a interpretar el objeto material del delito: *“inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada”*.

2.2.2.- ELEMENTOS DEL OBJETO MATERIAL

Establece la Jurisprudencia *menor* en relación al objeto material: *“El objeto material del delito... queda definido por un elemento positivo, la calidad de inmueble y ajeno, y otro negativo, que no constituya morada. La interacción entre ambos elementos es la que caracteriza el objeto material del delito; con la condición negativa se quiere dejar claro que se ha de tratar de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado, pues en caso contrario, de constituir una morada, esto es un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el contemplado en el artículo*

⁴⁹⁴ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 23-25; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Págs., 351-352; DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación. (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)... Op. cit.*, Págs., 55-56; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 416; CÁCERES RUIZ, L.: *Delitos contra el Patrimonio. Aspectos penales y criminológicos. Especial referencia a Badajoz... Op. cit.*, Pág., 20.

202 del Código Penal [allanamiento de morada], donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad”⁴⁹⁵.

Dos son, pues, los elementos que la Jurisprudencia *menor* distingue en el objeto material del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles:

- uno positivo: la calidad de inmueble y la ajenidad,
- y otro negativo: que no constituya morada⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ *Vid.*, Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454). Con idénticas o similares palabras se pronuncia la Jurisprudencia *menor* en otras resoluciones judiciales: *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 13-1-2014, nº 8/2014, rec. 621/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos (EDJ 2014/26747); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011, Pte: Tomás Tío, José María, (EDJ 2011/27692); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 17-1-2014, nº 19/2014, rec. 195/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2014/24267); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 12-2-2008, nº 52/2008, rec. 352/2007, Pte: Giménez de Cisneros Cid, Soledad (EDJ 2008/103986); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 22-4-2009, nº 462/2009, rec. 28/2009, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2009/107244); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquivia Bartolomé, Mª Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 13-10-2000, nº 181/2000, rec. 174/2000, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan (EDJ 2000/52612); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 6-11-2007, nº 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la (EDJ 2007/294401); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131); Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 24-2-1998, nº 64/1998, rec. 728/1997, Pte: Hormazábal Malarée, Hernán (EDJ 1998/9270); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2013/220746); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066).

⁴⁹⁶ En el mismo sentido se pronuncia también la Doctrina. Afirma GONZÁLEZ RUS que “el objeto material del delito viene definido por tres notas: ha de ser un bien inmueble; no ha de constituir morada, pues si así fuera resultaría aplicable el allanamiento, y ha de ser ajeno”, en GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L.

A diferencia de lo que el propio Código penal establece con los conceptos de autoridad, funcionario público, discapacidad, persona con discapacidad necesitada de especial protección, documento (arts. 24-26), llaves falsas (art. 239), o sociedad (art. 297), no nos ofrece una definición legal de *inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada*, por lo que se hace preciso definir (a efectos penales) tales términos⁴⁹⁷.

(COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 502. *Vid.*, ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*... *Op. cit.*, Pág., 565; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 24; BLANCO PEÑALVER, A.: << Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. K. Usurpación >> en *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal. Tomo II*. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 1652.

⁴⁹⁷ “Dentro de los elementos objetivos... nos encontramos con los objetos sobre los que puede recaer el delito de ocupación no violenta de estos bienes. Estos objetos pueden ser de tres tipos diferentes: bienes inmuebles, edificio o bienes o viviendas, siempre que no sean constitutivos de morada, ya que en ese caso estaríamos ante un delito de allanamiento de morada del artículo 202 CP. Nos encontramos con conceptos no definidos dentro del Código Penal, por lo que tendremos que acudir a normas extrapenales para definirlos correctamente (lo que constituye un típico ejemplo de "norma penal en blanco")”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 7. “El delito de usurpación se convierte en una ley penal en blanco en sentido amplio, en la medida en que la definición de su objeto material se lleva a cabo por el Código Civil, en cuyo artículo 334 define, qué ha de entenderse por cosa inmueble a efectos civiles aunque... el concepto de cosa inmueble que a los efectos del delito de usurpación interesa, es un concepto más restringido que el civil”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Págs., 345-346. Más que una norma penal en blanco consideramos que se trata simplemente de un problema de aplicación/interpretación de la norma. Siguiendo al Profesor GARCÍA-PABLOS DE MOLINA “en sentido amplio, la ley penal en blanco es aquella cuyo complemento se encuentra en la misma ley o en otra ley de la misma instancia; en sentido estricto, cuando es necesario acudir a una instancia diferente. Leyes penales en blanco son, en definitiva, leyes "necesitadas de complemento". Para perfilar mejor el concepto de las mismas se ha acudido a tres vías: la distinción entre "precepto" o "supuesto" de hecho y sanción, entre "norma sancionatoria" y "norma complementaria" o "complementadora", o bien se ha resaltado la importancia estructural de la remisión a una instancia distinta que la ley en blanco supone. En el primer sentido, se ha dicho que las normas penales en blanco se caracterizan porque contienen sólo la sanción, mientras que el presupuesto de la misma (el precepto) ha de buscarse en otro lugar. La contraposición: "norma sancionatoria"- "norma complementadora" se ha utilizado, también, para explicar que la ley "completa" sólo tiene lugar con la concurrencia o acoplamiento de ambas normas, que al integrarse forman un único precepto: de modo que si la ley "complementadora" cambia, también, la ley penal en blanco con todas sus consecuencias en orden a la problemática de la aplicación de la ley penal. Finalmente se ha dicho que la "ratio" de esta técnica (y la función que desempeña y la justifica) es precisamente, la remisión que la ley contiene a otra instancia distinta. Respecto a cuál pueda o deba ser tal instancia, es donde reside la problemática de las leyes penales en blanco. Para unos autores, no importa que se trate de la misma instancia: lo esencial sería que el complemento del presupuesto de hecho se encontrase en otro lugar incluso de la misma ley. Un sector de la doctrina, sin embargo, insiste en que lo decisivo es que dicho complemento se halle en una instancia diferente a la de la ley penal; esto es: en una instancia inferior. Finalmente, no faltan autores para quienes lo único decisivo es que el complemento necesario se obtenga de una ley de naturaleza no penal. Expresamente, se admite la posibilidad de que la ley en blanco encuentre su complemento en otras leyes,

2.2.3.- PRIMER ELEMENTO POSITIVO DEL OBJETO MATERIAL: BIEN INMUEBLE.

¿SIRVE LA DEFINICIÓN DEL ARTÍCULO 334 DEL CÓDIGO CIVIL?

A) *Cosas vs. bienes*

El sentido jurídico de *cosa* es distinto de la acepción que tanto en sentido filosófico como vulgar se da a dicha palabra. Para el Derecho es cosa toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente⁴⁹⁸.

Nuestra ley frecuentemente habla de *bien* como sinónimo de *cosa* en sentido jurídico. (V. gr., arts. 333 y ss., 659, 1.024... del Código civil). Así una finca o un mueble son bienes, y a éstos se contraponen las cosas en sentido vulgar (las estrellas, el aire) que no son bienes (que no son cosas en sentido jurídico) porque no son susceptibles de apropiación (Código Civil, art. 333)⁴⁹⁹.

reglamentos, en actos administrativos, en el propio derecho extranjero”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen I. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 410-411.

⁴⁹⁸ “En sentido *vulgar*, cosa es todo objeto material exterior al hombre; concepto inaprovechable... porque hay cosas del mundo exterior (por ejemplo, los astros) que no pueden ser objeto de derecho. En sentido *filosófico* y amplísimo, cosa equivale a "ser" o "ente", es decir, a todo ser actual o posible, aun el de mera razón (*quidquid est aut cogitatur*). Tampoco este sentido tiene interés para el jurista... En sentido *jurídico*, y en contraposición a las personas (sujeto del derecho) las *cosas* son las entidades susceptibles de ser objeto o materia de derecho... Un sector de la doctrina habla de cosa en sentido jurídico amplio, como toda realidad, corpórea o incorpórea, que puede ser materia de una *relación jurídica cualquiera*... En este concepto amplio van comprendidas no solo las cosas naturales o del mundo exterior, sino también los actos humanos (servicios, prestaciones). Pero frente a esa posición está la de quienes restringen el concepto de cosa a los objetos materiales o de la naturaleza exterior, limitada en el tiempo y en el espacio, esto es, los que pueden ser materia de *los derechos reales*, excluyendo todo otro objeto del derecho... Ambas posiciones son defectuosas; la primera, por su demasiada extensión, que la hace estéril, y la otra, por su excesiva estrechez, que la hace excluir aquellos bienes inmateriales que proporcionan utilidad económica al hombre y hay que considerarlos como objetos del Derecho. Aceptamos por esta razón la posición intermedia de los civilistas italianos, que si bien admiten la categoría de las cosas incorpóreas (incluyendo en ella especialmente las creaciones del ingenio), procuran no dar a las mismas una extensión desmesurada. Podemos, en definitiva, definir la cosa como toda entidad, material o inmaterial, que tenga una existencia autónoma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacer una utilidad, generalmente económica”. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo primero: Introducción y Parte General. Volumen segundo: Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*. Ed. Reus, S.A., Reimpresión de la 14ª edición, revisada y puesta al día por José Luis de Los Mozos. Madrid, 1987. Págs., 579-581.

⁴⁹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General...* Op. cit., Págs., 355-357. “Coloquialmente hablando la palabra bien nos evoca siempre una realidad que posee un valor apreciable.

Dispone el artículo 333 del Código civil: “*Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles*”. Sostiene la DGRN que “a tenor de [este] artículo... del Código civil todas las cosas apropiables se reputan bienes muebles o, inmuebles, con lo cual en nuestro derecho esta clasificación como *summa divisio rerum* agota los elementos patrimoniales”⁵⁰⁰.

B) Artículo 334 del Código civil

El Capítulo primero “De los bienes inmuebles”, del Título primero, “De la clasificación de los bienes”, del Libro segundo “De los bienes, de la propiedad, y de sus

Así, siguiendo este punto de vista, el aire es un bien pues nos permite tomar el oxígeno para respirar. El agua es un bien necesario también para la vida. Y, como no, un ordenador, un libro o un caballo son también bienes. No obstante, como ya se habrá podido advertir, no todo objeto o entidad que acabamos de nombrar puede formar parte de patrimonio de una persona. Es por ello, que desde un punto de vista jurídico, el concepto bien se matiza y se reduce para hacer referencia, exclusivamente, a aquella entidad perceptible por los sentidos como algo separado, que es susceptible de apropiación y, por tanto, idóneo para ser objeto de un derecho subjetivo. Asimismo, es necesario que el mismo sea escaso de tal forma que requiera una reglamentación jurídica de su atribución. (Ejemplo 1.- Así, constituyen bienes desde un punto de vista jurídico, un coche, una casa, la electricidad, las obras del ingenio, la participación en una sociedad, etc. No son, por el contrario, bienes, el mar o el aire que respiramos). La diferencia, por tanto, entre bien y derecho, resulta clara: el derecho subjetivo es, como sabemos, el poder que el ordenamiento concede a una persona para la satisfacción de un interés legítimo. El bien, por su parte, es el ente sobre el que puede recaer ese derecho subjetivo. (Ejemplo 2.- Así, por ejemplo, el derecho de propiedad, derecho subjetivo, puede recaer sobre una finca, sobre una obra artística o sobre un coche. Estos objetos son bienes para el Derecho). Un bien para el derecho, es un ente material o intelectual sobre el que una persona puede ejercer un poder jurídico”. SÁNCHEZ LERÍA, R.: << El patrimonio y los elementos patrimoniales >> en *Derecho Civil I.- Parte General y Derecho de la Persona*. OLIVA BLÁZQUEZ, F., Y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág., 274. “En el lenguaje coloquial la palabra “bien” suele utilizarse como adjetivo y no como sustantivo. Tan solo en el ámbito jurídico se habla de bien para referirse a toda realidad corporal, idea o concreción del intelecto (existen bienes incorpóreos como la propiedad intelectual) que nos reporta alguna utilidad, ostenta valor económico y puede ser objeto de derecho. En ese sentido tiene muchas semejanzas con el término “cosa”, aunque este último parece más referido a la materialidad. El CC no diferencia de forma tímida ambas figuras y en ocasiones las identifica... En general, la doctrina suele entender que el “bien” es el género, mientras que la “cosa” sería una especie dentro del mismo... Ambos, “bien” y “cosa”, han de ser susceptibles de apropiación y tener un valor económico, cuantificable en dinero. Además han de ser individualizables y proporcionarnos una utilidad, satisfacer necesidades del individuo”. MONTES RODRÍGUEZ, P.: << El Patrimonio >> en *Derecho Civil I*. DE VEREDA Y BEAMONTE, J.R. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Págs., 209-210. Disponen así el artículo 659 CC: “*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte*”; y el artículo 1024 CC: “*El heredero perderá el beneficio de inventario: 1º.- Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia. 2º.- Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización*”.

⁵⁰⁰ Vid., Resolución de la DGRN de 9 de febrero de 1946 del Registro Mercantil (EDD 1946/40).

modificaciones” del Código civil, dedica su artículo 334 a determinar qué bienes son inmuebles. Así establece:

334.- *“Son bienes inmuebles:*

1. *Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.*
2. *Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.*
3. *Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.*
4. *Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.*
5. *Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma.*
6. *Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.*
7. *Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.*
8. *Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento y las aguas vivas o estancadas.*
9. *Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa*⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Dispone el artículo 146 del Reglamento de Registro Mercantil de 1956 (El Decreto de 14 de diciembre de 1956, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y el Arancel de los honorarios que devengarán los Registradores Mercantiles se halla derogado salvo los arts. 145 a 190 y concordantes, transitoriamente en vigor, por art. 4 RD 1597/1989, de 29 de diciembre 1989. Los referidos artículos y cc. continuarán transitoriamente vigentes hasta la publicación del Rgto. del Registro de Bienes Muebles, conforme a la disp. trans. 13ª del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil; véase además la disp. adic. única del Real Decreto 1828/1999, de 3

de diciembre, que crea el Registro de Bienes Muebles): “Se reputarán buques, para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial”. Esta noción es excesivamente amplia “pues asimila al buque los diques y pontones, que son aparatos fijos y sin aptitud para navegar, siendo así que éstos en virtud del artículo 334.9º del Código Civil son bienes inmuebles, incompatibles, por tanto, con la noción lógica de buque, según tiene establecido el propio Código de Comercio (artículo 585) y la Jurisprudencia (Sentencia 12 de julio de 1983, entre otras)”. PADILLA GONZÁLEZ, R.: << Capítulo 89.- El Derecho de la navegación: Introducción. Estatuto jurídico del buque y de la aeronave >> en *Derecho Mercantil II: IV.- Títulos-valores. V.- Obligaciones y contratos mercantiles. VI.- Derecho concursal mercantil. VII.- Derecho de la navegación*. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (COORD.). Ed. Marcial Pons, 14ª edición (1ª en Marcial Pons). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010. Pág., 1045. Así disponía el referido artículo 585 del Código de Comercio: “Para todos los efectos del derecho sobre los que no se hiciere modificación o restricción por los preceptos de este Código, seguirán los buques su condición de bienes muebles”. Como afirma DEL PINO RODRÍGUEZ CABRERA “parecen ser dos los elementos principales de la noción de buque que resulta del mencionado Reglamento: la flotabilidad y el destino mercantil (que podrá ser efectivo o potencial), siendo irrelevante la potencia y la capacidad de propulsión (propia o prestada por otro artefacto), el arqueo, las dimensiones o el tamaño del aparato flotante de que se trate así como las aguas sobre las cuales discurre la navegación (aguas marítimas o fluviales). Sin embargo, visto más de cerca, en realidad el precepto sólo exige un requisito: el de la flotabilidad, pues el destino mercantil pasa a un segundo plano, desde el momento en que se considera suficiente la potencialidad o eventualidad de semejante destino... Algunos autores consideran que la flotabilidad no es bastante, sino que ha de completarse con otro requerimiento: el de la movilidad, desplazamiento o aptitud para navegar, con medios de propulsión que pueden ser propios del aparato que flota o ajenos al mismo. Así, se ha considerado que es insuficiente el requisito de la flotabilidad, exigido por el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, como elemento caracterizador del concepto de buque, puesto que deberá ir acompañado de la movilidad: “esa movilidad lleva implícita la posibilidad de que la construcción flotante pueda desplazarse por el agua, sea mediante autopropulsión (a motor, a vela o remo...) o heteropropulsión (a remolque, tracción o mediante cualquier tipo de fuerza motriz externa)”. De esta manera, se sostiene que semejante capacidad de desplazamiento es “aptitud para navegar”, complemento indispensable de la flotabilidad, ya sea con o sin medios propios, con la finalidad de evitar el absurdo de considerar que todo aquello que flota es un buque y debe, en consecuencia, tener acceso al Registro. Igual conclusión alcanzan otros autores que, al requisito de la flotabilidad, suman (teniendo en cuenta la jurisprudencia que así lo ha entendido) la aptitud o capacidad para navegar, alejando del concepto de buque los artefactos que no flotan, y los que flotan pero carecen de movilidad (diques, bateas, mejillonera, embarcaciones permanentemente amarradas, etc.), es decir los “destinados a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa”, que como sabemos y en virtud del artículo 334.9º del Código Civil tienen la consideración de bienes inmuebles”. DEL PINO RODRÍGUEZ CABRERA, Mª.: << El buque como objeto del Registro de Bienes Muebles >> en *Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales. Derecho Mercantil*. Febrero, 2014. <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho-Mercantil/200402-125581711042470.html>. Pese a esta consideración de buque como bien mueble susceptible de flotabilidad y con aptitud para navegar, “las exigencias de seguridad jurídica en el comercio sobre los buques han atenuado notablemente su condición de muebles a determinados efectos... La influencia de principios y normas propias del régimen de los bienes inmuebles se deja sentir tanto en la adquisición de la propiedad del buque como en los derechos de garantía constituidos sobre el mismo. Respecto de lo primero, el artículo 573 del Código de Comercio exige que la adquisición del buque conste en documento escrito, siendo necesaria su inscripción en el Registro Mercantil para que produzca efectos respecto de tercero. En cuanto a lo segundo, los arts. 580 y 584 del Código de Comercio reflejan la citada influencia al establecer el reconocimiento de créditos privilegiados sobre el buque. Del mismo modo, la Ley de Hipoteca Naval [de 21 de agosto de 1893] en su artículo 1 llega a afirmar que a estos efectos los buques se consideran como bienes inmuebles... En realidad, en este art. 1 de la LHN se acudió a una verdadera ficción legal para permitir la hipoteca sobre buques, inaplicable en virtud de los arts. 1874 del CC y 106 de la LH si se sostenía su calificación de muebles y considerándose como se consideraban inadecuadas las normas propias de la prenda (piénsese que en aquel momento eran desconocidas las figuras de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento [introducidas en nuestro Ordenamiento Jurídico por la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión])”. PADILLA GONZÁLEZ, R.: << Capítulo 89.- El Derecho de la navegación: Introducción. Estatuto jurídico del buque y de la aeronave >> en *Derecho Mercantil II: IV.- Títulos-valores. V.- Obligaciones y contratos mercantiles. VI.- Derecho concursal mercantil. VII.- Derecho de la navegación*. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.

(COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 788. El buque, como afirma SÁNCHEZ CALERO, es “una cosa mueble por naturaleza, pero, dada su importancia, ha de ser objeto de inscripción en ciertos registros (se dice que es un “bien mueble registrable”), lo que asemeja su régimen en cuanto a su adquisición y gravamen a los bienes inmuebles. La Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 llega a considerar al buque como bien inmueble (art. 1º, pero esto exclusivamente a efectos de la hipoteca; v. Sent. de 17 de marzo de 1959)”. SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 36ª edición (9ª en Aranzadi). Navarra, 2013. Pág., 672. Así el Tribunal Supremo Sala 1ª, S 2-7-1969, nº 456/1969, Pte: Beltrán de Heredia y Castaño, José (EDJ 1969/510): “Que para dilucidar la cuestión planteada y en definitiva el recurso interpuesto, deberá tenerse presente, ante todo, la norma contenida en la regla 15 del artículo 63 de la Ley procesal citada a cuyo tenor “en los interdictos de retener y recobrar la posesión será Juez competente el del lugar en que está sita la cosa objeto del interdicto...” que afecta por igual a, las cosas muebles y a las inmuebles comprendiendo, por tanto, a los buques en su condición mobiliaria con la consideración especial de inmueble que a los efectos de la hipoteca naval les concede el párrafo segundo del artículo primero de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893”. Adviértase que la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893 y el Libro III “Del Comercio Marítimo”, artículos 573-869, del Código de Comercio, aprobado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, han sido derogados por la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. Desde el 25 de septiembre de 2014, fecha de entrada en vigor de la referida Ley de Navegación Marítima, se pretenden solventar las dificultades conceptuales que planteaba el término buque, así como su naturaleza mueble, inscribible e hipotecable. Dispone la Exposición de Motivos de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. BOE, Núm. 180, de 25 de julio de 2014. Sección I.- Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Referencia: BOE-A-2014-7877: “El título II comienza la regulación del estatuto jurídico del buque definiéndolo como vehículo destinado a la navegación, que cubre también situaciones estáticas transitorias, como es el buque en construcción, fondeado, varado o en desguace. Esta noción excluye por tanto los artefactos navales (caracterizados por su permanencia a flote en un lugar o punto fijo de las aguas) y las plataformas fijas (toda estructura o instalación susceptible de realizar operaciones de explotación de los recursos naturales marítimos o de destinarse a otras actividades, emplazada sobre el lecho del mar, anclada o apoyada en él). A la nota inherente de movilidad que caracteriza al buque se suma su capacidad para el transporte de personas o cosas a todos los fines. Con ello se prescinde de las distinciones de buque público o privado; civil o militar; mercante o de recreo, deportivo o científico. Cuando su tamaño sea menor de veinticuatro metros o carezca de cubierta corrida se calificará de “embarcación” y reglamentariamente podrán configurarse como “unidades menores” las más pequeñas. Los artefactos navales, caracterizados tanto por su flotabilidad como porque no están destinados a navegar, se diferencian de las obras o construcciones fijas que aun pudiendo sustentarse total o parcialmente mediante flotación, tienen la consideración de bienes inmuebles con arreglo al Código Civil (como es el caso de las llamadas islas artificiales, rígidamente unidas al lecho de las aguas, o de las instalaciones portuarias). El requisito adicional de los artefactos de aptitud para albergar personas o cosas deja fuera del concepto a las boyas, balizas y demás pequeños artificios flotantes, generalmente utilizados para la seguridad de la navegación o la señalización de la pesca. La característica de permanencia, propia de los artefactos, es precisamente el atributo que justifica un régimen sustantivo y registral no siempre coincidente con el de los buques. Las transformaciones materiales de los buques y embarcaciones y los cambios jurídicos que se derivan de su participación en el tráfico mercantil determinan la necesidad de su identificación y de que quede constancia pública de las relaciones que soportan en su *condición de bienes muebles de significativo valor económico*. Su carácter registrable hace jurídicamente posible su hipoteca, sin menoscabo de su calificación de cosa mueble. Y se reconocen las situaciones de titularidad compartida (copropiedad del buque) que, en los casos de falta de dedicación de la cosa común a una explotación mercantil, quedará sujeta directamente al régimen general, sin otra especialidad que la recogida en la propia ley para reglamentar los derechos de adquisición preferente (en particular, la novedosa regulación del tanteo). La publicidad es crucial en el tráfico patrimonial y se lleva a cabo a través de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles (Sección de buques), que ha de coordinarse con el Registro de Buques y Empresas Navieras. Ambos tienen atribuida distinta función. El Registro de Bienes Muebles producirá los efectos jurídicos propios de la publicidad material de titularidades y gravámenes, frente a la significación típicamente administrativa del Registro de Buques y Empresas Navieras. La norma sobre adquisición de la propiedad articula, con carácter dispositivo, el régimen jurídico de los contratos de construcción y de compraventa. El contrato de construcción regula el tema principal del paso de la propiedad y de los riesgos según las prácticas contractuales más difundidas en el tráfico. En el contrato de compraventa se mantiene en materia de riesgo de la venta la concepción marítima tradicional, de signo contrario a la civil, prestando especial atención a la interferencia que la venta del buque puede producir sobre los contratos de

10. *Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*”.

C) *Clasificación civilista de los inmuebles*

La doctrina civilista clasifica los bienes inmuebles en tres categorías:

- *Por naturaleza o incorporación*: el suelo y lo a él incorporado (art. 334, apartados 1º, 2º, 3º y 8º).
- *Por destino*: los bienes, muebles en sí, puestos al servicio de un inmueble por su propietario o, en ciertos casos, asignados a un sitio fijo, aun sin tal relación de servicio (art. 334, apartados 4º, 5º, 6º, 7º y 9º).
- *Por analogía*: por ser inmueble el objeto sobre que recaen (art. 334. 10º)⁵⁰².

utilización en vigor. A este respecto la buena fe impone deberes informativos para el comprador del buque, a los que la ley conecta un efecto subrogatorio sobre el fletamento y los contratos de alquiler, que no se producirá en caso contrario. No obstante tal omisión sí generará las correspondientes responsabilidades tanto frente al comprador como a las otras partes de los contratos de utilización. Se prescinde definitivamente de las figuras de los préstamos a la gruesa ventura o riesgo de nao, para asentar el crédito marítimo sobre un sistema de privilegios simplificado, reduciéndolos a los que se aceptan internacionalmente por el Convenio sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993, incluyendo la extensión de la garantía para los créditos salariales de origen dudoso a todos los buques gestionados por una misma empresa”. *Vid.*, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E.: << El embargo preventivo de buques en la Ley de Navegación Marítima >> en *Diario La Ley*. Nº 8383, Sección Doctrina, 23 de septiembre de 2014, Año XXXV. Ed. La Ley. Págs., 7-15; DÍAZ RIBES, S.: << El embargo preventivo de buques y el salvamento en la nueva Ley de Navegación Marítima >> en *Diario La Ley*. Nº 8388, Sección Doctrina, 30 de septiembre de 2014, Año XXXV. Ed. La Ley. Págs., 8-10.

⁵⁰² Cfr., ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General...* Op. cit., Pág., 364-369. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Derecho Civil I.- Introducción al Derecho Civil. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Negocio jurídico...* Op. cit., Págs., 497-501; SÁNCHEZ LERÍA, R.: << El patrimonio y los elementos patrimoniales >> en *Derecho Civil I.- Parte General y Derecho de la Persona*. OLIVA BLÁZQUEZ, F., Y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (COORDS.)... Op. cit., Págs., 275-279; MONTES RODRÍGUEZ, P.: << El Patrimonio >> en *Derecho Civil I. DE VEREDA Y BEAMONTE, J.R. (COORD.)...* Op. cit., Págs., 210-213. “La doctrina destaca la importancia de la *summa rerum divisio*, bienes inmuebles y bienes muebles, por su diferente régimen jurídico, entre otras, en las siguientes materias: 1. La existencia de cautelas y garantías especiales y más estrictas en materia de capacidad para enajenar o gravar bienes inmuebles. En el caso de bienes muebles, sólo en determinados casos... 2. Régimen especial de publicidad registral de los bienes inmuebles mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad... 3. Se exige forma más solemne para la validez de los actos y negocios jurídicos relativos a inmuebles que para los referentes a bienes muebles... 4. Plazos más cortos para la usucapión y la prescripción extintiva de las acciones reales respecto de bienes muebles (artículos 1955, 1962, 1964, 1966-1968 CC) y más extensos en el caso de los inmuebles (artículos 1957, 1958, 1963, 1964 CC *vid.* Leyes 356 y 357 de la Compilación Navarra; art. 531-27.1 CC Cataluña). 5. Reglas distintas en la resolución de la venta de bienes inmuebles (art 1504 CC) y bienes muebles (art. 1505 CC). Todas las anteriores diferencias en el régimen jurídico de bienes inmuebles y de bienes muebles, se caracterizan por adoptar mayores cautelas y rigidez en el caso de los inmuebles, con fundamento en su mayor valor económico y trascendencia social. Y aunque ciertamente la propiedad mobiliaria ha incrementado y

D) Bien inmueble a efectos penales

En el ámbito penal, no faltan autores que dejan a la exclusiva competencia del Derecho civil la determinación del significado de bien inmueble. En estos supuestos el concepto civil de bien inmueble determina la condición de objeto material del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles⁵⁰³.

La generalidad de la doctrina, siguiendo la teoría autónoma del Derecho penal, restringe el concepto de bien inmueble, caracterizándolo por su nota de inmovilidad o

multiplicado su trascendencia y valor (pensemos en las sociedades mercantiles), la existencia de un régimen divergente de los bienes muebles e inmuebles (que en algunas materias debería aproximarse) sigue estando justificada, entre otras razones, por la indudable importancia que la propiedad inmobiliaria tiene para la economía del país y para el tráfico jurídico”. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Derecho Civil I.- Introducción al Derecho Civil. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Negocio jurídico...* Op. cit., Págs., 501-503.

⁵⁰³ “Como bienes inmuebles deben entenderse todos aquellos que son considerados como tales por el CC art. 334”. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 991. “El objeto material recae sobre todos los bienes inmuebles, según su concepción civilista prevista en el artículo 334 CC... inmuebles que no constituyan morada del titular y que sean ajenos al culpable”. ROBLEDO VILLAR, A.: *Delitos contra el Patrimonio y el Orden socioeconómico. Comentario a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal...* Op. cit., Págs., 129-131. “El objeto material del delito se define, finalmente, como “una cosa inmueble”, lo que hace aplicable el contenido civilista de esta expresión”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... Op. cit., Págs., 344. “La conducta típica se concreta en la ocupación de un inmueble o en la usurpación de un derecho real (véase el art. 334 CC)”. ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.). Ed. Atelier, 3ª edición adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. Barcelona, 2011. Pág., 255. “En los nueve primeros apartados del art. 344 CC [debe decir 334 CC] se relacionan los bienes inmuebles; y en el número 10 del mencionado artículo los derechos reales inmobiliarios”. ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATALLÍN EVANGELIO, A., Y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición. Valencia, 2010. Pág., 163. “En cuanto el objeto material, lo constituyen los bienes inmuebles (números 1º a 9º del artículo 334 del Código Civil) y los derechos reales inmobiliarios (nº 10º del artículo 334 del Código Civil). Con acierto se ha señalado en la doctrina que el artículo 245 emplea los términos bienes inmuebles y derechos reales en el mismo sentido que les otorga el Derecho privado. La propuesta de Muñoz Conde y Bajo Fernández, en orden a excluir del concepto todo lo que sea susceptible de apoderamiento no es viable, desde el momento en que la usurpación recae también sobre elementos que podrían ser objeto de hurto o de robo, pero que resultan, al igual que los demás componentes del inmueble, sencillamente ocupados”. VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.)... Op. cit., Pág., 1204; ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.): *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2012. Pág., 319; GARCÍA PÉREZ, J.J.: << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.)... Op. cit., Pág., 1801.

de su incapacidad para poder ser transportado de un lugar a otro. Así bienes inmuebles a efectos penales sólo son aquellas cosas que por su propia naturaleza no son susceptibles de un traslado de lugar a otro. De acuerdo con ello sostiene HUERTA TOCILDO que “no son bienes inmuebles sino muebles, en Derecho penal, los enumerados en los apartados 1º (edificios o construcciones que sean separables del suelo sin deterioro ni merma del objeto), 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, y 9º (en lo tocante a diques y construcciones flotantes) [del art. 334 CC], constituyendo su aprehensión otras tantas modalidades de robo o hurto. El concepto penal de inmueble queda, pues, limitado, a las tierras, edificios y construcciones no movibles y caminos (334.1º), a las minas, canteras y escoriales mientras su materia permanezca unida al yacimiento (art. 334.8º) y a los diques o construcciones no flotantes (334.9º), así como a los derechos reales, siempre que su objeto sea un inmueble en sentido penal”⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ Vid., HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 50; ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 197. “En definitiva, son cosas inmuebles las que tienen una situación fija y no pueden ser desplazadas sin deterioro, y cosas muebles, aquellas que, careciendo de situación fija, pueden ser trasladadas de un lugar a otro sin detrimento de su naturaleza. En puridad, estas definiciones no son generalmente aceptadas por las leyes civiles, las cuales introducen algunas variaciones, modificando la naturaleza mueble o inmueble de algunas cosas en razón al principio de accesoriedad y atribuyendo una u otra de estas cualidades a bienes que, naturalmente, no se adaptan a ninguna de ellas. Es por ello, por lo que se han admitido, con carácter general, varios criterios para la clasificación de estos bienes: *cosas inmuebles por naturaleza*, exclusivamente el suelo y el subsuelo; *cosas inmuebles por incorporación*, todas aquellas que se hallan unidas al suelo de una manera permanente; *cosas inmuebles por destino* son aquellas cosas en sí mismas muebles que, adheridas a un inmueble, forman un todo ideal con él, por servir de un modo permanente a sus fines a la explotación o utilización del inmueble; *cosas inmuebles por analogía*, son las incorporales que se asimilan a los inmuebles por recaer sobre bienes de esta naturaleza”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Págs. 266-267. “A la vista del contenido del art. 334, el concepto penal de inmueble debe, en mi opinión, ser autónomo y más restringido que el civil, abarcando únicamente la categoría de los inmuebles por naturaleza, ya que el resto de los inmuebles, “reputados” como tales en dicho precepto, no lo son en una acepción vulgar del término. A efectos penales, bien mueble es todo aquel que es susceptible de transporte y, por ende, de aprehensión y sustracción, y bien inmueble, aquel que no puede soportar estas operaciones. Como dice Silva Melero, en relación con el Derecho penal, los conceptos de cosa mueble o inmueble, tienen por base la movilidad o transportabilidad de la misma cosa, cualquiera que sea su valoración en la ley civil, como se deduce de los términos “tomar” y “utilizar” que emplea el Código penal en relación con las cosas muebles”. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 49-50. “La propia naturaleza de la acción del artículo 517 [en el CP 1995, del art. 245] y su relación sistemática con otros preceptos del Código Penal permite excluir del concepto de bienes inmuebles algunos de los supuestos del artículo 334 (nunca incluir supuestos nuevos que no prevea el precepto del Código Civil). De modo que no será bien inmueble todo aquello que sea susceptible de apoderamiento en el sentido de hurto y robo”. PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO)... *Op. cit.*, Pág., 202. “El objeto típico es un inmueble, pero no en su sentido civil, sino propio. Por lo tanto deben excluirse los inmuebles por asimilación (derechos reales, art. 334 nº 10 CC) que son objeto de otra forma de conducta; y los por adherencia (estatuas, frutos, etc.) que a efectos penales se consideran muebles y objetos típicos de hurto o robo”. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60... Op. cit.*, Pág., 213. Siguiendo esta misma postura doctrinal, Vid., BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª. Extorsión. Usurpación >> en

En idéntico sentido, y ya desde el anterior Código penal, se pronuncia la Jurisprudencia; con carácter general para los delitos patrimoniales, y en concreto la Jurisprudencia *menor* para el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles⁵⁰⁵.

Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 86-87. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial.* SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: Ed. Dykinson. Madrid, 2012. Pág., 265; MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318).* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 1961-1962; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1. Delitos contra bienes jurídicos individuales...* *Op. cit.*, Pág., 494-495; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* *Op. cit.*, Págs., 225-226; CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial.* CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Págs., 223-224; CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado...* *Op. cit.*, Pág., 541; SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 47; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Pág., 24; BENEYTES MERINO, L.: << De la Usurpación >> en *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 921; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Ed...* *Op. cit.*, Pág., 188; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *El delito de usurpación...* *Op. cit.*, Pág., 8. “Hoy en día, sin embargo, se critica el apriorismo en que incurren tanto la corriente civilista [(concepción privatista dependiente del Derecho Penal)] como la autonomista [(concepción autonomista pura)] y se defiende mayoritariamente una tercera corriente que busca el significado de los términos empleados en Derecho Penal en base a una interpretación fundamentalmente teleológica de los concretos tipos penales”. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación. (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*... *Op. cit.*, Pág., 55. Advertía ZUGALDÍA ESPINAR de la inadecuada rúbrica que empleaba el Texto Refundido de 1973 en su Título XIII “Delitos contra la propiedad”; y ello “porque la gran mayoría de las infracciones contenidas bajo la misma no requieren precisamente la violación del derecho de propiedad *stricto sensu*, sino que pueden ser igualmente imaginables contra la posesión hasta en su forma más rudimentaria de mera tenencia de las cosas y contra otros derechos reales y obligaciones, como lo demuestra el hecho de la protección que el art. 517 del Código Penal [hoy art. 245] brinda a titularidades de derechos reales distintos del de propiedad”. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio...* *Op. cit.* Pág., 12.

⁵⁰⁵ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-5-1978, nº 497/1978, Pte: García Miguel, Manuel, (EDJ 1978/1034), dispone: “La unanimidad de la doctrina científica ha venido reconociendo que el concepto penal de “cosa mueble” es un concepto genuino de esta rama del Derecho, que no coincide con el del Derecho civil, siendo más amplio en unas ocasiones, en cuanto que reputa como muebles cosas que en el Derecho civil no tiene este carácter, sino el de inmuebles, y más restrictivo en otras, en cuanto que existen bienes muebles, civilísticamente hablando, que por no ser susceptibles de apropiación no pueden constituir el objeto material de estos delitos de apoderamiento lucrativo. De ahí que la casi unanimidad de la doctrina científica penal entiende que, de las tres clases de bienes inmuebles que suele distinguir la civil: inmuebles por naturaleza, por incorporación y por destino, a efectos penales tan sólo deben reputarse como tales los pertenecientes al primer grupo, en cuanto que los pertenecientes a los otros dos tan sólo lo son en virtud de una ficción jurídica, pero por naturaleza o en la realidad, que es a la que atiende siempre el Derecho penal, son bienes muebles, naturaleza que no pierden a efectos penales, con independencia del destino que se les haya podido dar, como ya ha declarado este Tribunal en sentencia de 5 de abril de 1905”. Y en concreto, para el delito de ocupación pacífica, dispone la Jurisprudencia *menor*; Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 21ª, A 12-1-2012, nº 58/2012, rec. 609/2011, Pte: Almeida Espallargas, Carlos, (EDJ 2012/59725): “De ahí que el objeto de protección penal en el tipo del artículo 245.2 del Código Penal recaiga sobre el inmueble o el derecho real inmobiliario tal y como señala entre

E) Bienes inmuebles rústicos

CONDE-PUMPIDO FERREIRO sostiene que al ser el objeto material un “*inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada*”, han de excluirse los bienes inmuebles rústicos, como se deduce de la enumeración “viviendas y edificios”; siendo los inmuebles rústicos objetos materiales de la modalidad violenta de ocupación del artículo 245.1 del Código penal, y no de la pacífica⁵⁰⁶.

En contra de este criterio se pronuncia mayoritariamente la Jurisprudencia *menor* al considerar que el tipo abarca la ocupación de una cosa inmueble, independientemente de su naturaleza rústica o urbana⁵⁰⁷.

otros autores don Francisco Muñoz Conde; de modo que según la terminología jurídico civil, los derechos reales sobre los inmuebles son también cosas inmuebles (artículo 334.10 del Código Civil), pero sobre ellos, al ser derechos de tipo ideal, solo puede recaer la acción de usurpar. En todo caso, del concepto de inmueble del artículo 245 del Código Penal sólo cabe excluir todos aquellos objetos enumerados en el artículo 334 del Código Civil que pueden ser transportados y cuya apropiación constituye un hurto o un robo (frutos, estatuas, etc.), por lo que la protección alcanzaría a todos los inmuebles, ya sea edificaciones o simples parcelas y terrenos que carezcan de ellas, y aun sin estar cercados o cerrados en ejercicio de la acción que a todo propietario confiere el Código Civil en su artículo 388”. La Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, A 19-12-2005, nº 482/2005, rec. 822/2005, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2005/236674): “La Sala entiende..., que la precisión “que no constituyen morada” limita la relación que le precede (“inmueble, vivienda o edificio”) impidiendo incluir en ella todos los bienes relacionados en el artículo 334 del Código Civil”.

⁵⁰⁶ Vid., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60... Op. cit.*, Pág., Pág., 213. Es del parecer de CONDE-PUMPIDO FERREIRO la Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 24-2-2014, nº 60/2014, rec. 71/2014, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2014/33806), al decir: “Teniendo en cuenta que el tipo penal descrito en el indicado artículo 245.2º fue introducido en nuestra legislación por el Código Penal de 1995 para sancionar las conductas de los llamados “ocupas”, el motivo ahora analizado ha de ser desestimando por cuanto, compartiendo en lo esencial, el primero de los argumentos del juzgador, la Sala estima que, aunque pueda considerarse acreditado que la acusada introdujo el ganado en la finca (“ocupó”) sin autorización del legítimo propietario de la misma, tal conducta no podría subsumirse en el indicado tipo penal puesto que en ella no se da el elemento normativo del mismo consistente en que la ocupación recaiga sobre “un inmueble, vivienda o edificios ajenos, que no constituyan morada”, y ello porque el inmueble en cuestión (una finca rústica) no colma las exigencias precisas para la aplicación del tipo penal, el cual no puede extenderse a cualquier inmueble, sino tan sólo a aquéllos que, por sus características, puedan, de una u otra forma, ser destinados a ser habitados, ya que, de no ser así, se daría una protección desmedida del Derecho Penal que comprendería prácticamente todas las situaciones posesorias no autorizadas sobre bienes inmuebles, públicos o privados, dejando sin posibilidad de aplicación práctica los procedimientos posesorios civiles”. En contra de este parecer QUERALT JIMÉNEZ afirma que, “por inmueble en sentido típico cabrá entender, no sólo una edificación o un habitáculo, sino también un baldío o cualquier otra zona privada no edificada”. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 446.

⁵⁰⁷ Así, la Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, A 9-5-2011, nº 282/2011, rec. 141/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel, (EDJ 2011/97257): “Esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos (en auto de 18 de octubre de 2.004, Rollo de Apelación núm. 278/04) y la mayoría de la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales extiende la protección frente a la usurpación a predios rústicos, así

F) Interpretación autónoma

Consideramos necesaria una interpretación autónoma, respecto del Derecho civil, en el concepto de bien inmueble, en el cual las notas de “inmovilidad o incapacidad de traslado, y no susceptibilidad de aprehensión o sustracción” son esenciales, y por tanto la base para determinar, a efectos penales, cuándo estamos ante un bien inmueble.

Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 12 de marzo de 2.007, ó la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Granada en sentencia de 18 de junio de 2.010, señalando ésta última que "admite por tanto el recurso que el acusado ocupa la finca sin título alguno y contra la voluntad del propietario, pero estima que su condición de finca rústica la excluye del ámbito típico. No será admitido. Ninguna restricción a que el objeto delictivo sea un inmueble de naturaleza rústica se deriva del texto típico, que precisamente distingue entre vivienda, edificio o inmueble, lo que sin duda, y así lo entiende numerosa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (entre otras, la citada en la instancia sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de enero de 2.008, incluye dentro de los confines de la conducta típica cualquier bien inmueble, sea cual sea su calificación urbanística o su aprovechamiento", o la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Logroño en sentencia de 31 de marzo de 2.010 al decirnos que "tal y como se razona en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 270/07, de 12 de marzo, el concepto de "usurpación" abarca, por un lado, la "ocupación" de una cosa inmueble, independientemente de su naturaleza rústica o urbana. Por ocupación se entiende el ejercicio de los actos materiales propios del contenido del dominio: la entrada en el lugar, su cerramiento o cercamiento, la realización de obras en él o el aprovechamiento de sus posibilidades económicas"". En idéntico sentido la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17^a, S 12-3-2007, n° 270/2007, rec. 98/2007 Pte: Orteu Cebrián, Fernando, (EDJ 2007/51670): "El concepto abarca, por un lado, la "ocupación" de una cosa inmueble, independientemente de su naturaleza rústica o urbana". Y la Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3^a, A 15-3-2006, n° 112/2006, rec. 222/2006, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2006/108351): "A tenor de lo dispuesto en el art. 245.2 del Código Penal, la conducta descrita en la denuncia pudiera ser integradora del delito que define, pues se habla de ocupación de un inmueble, independientemente de su naturaleza rústica o urbana". Con idénticas o similares palabras se pronuncia la Jurisprudencia *menor* en otras resoluciones judiciales: *Vid.*, Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1^a, S 14-5-2008, n° 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2^a, A 30-4-2008, n° 37/2008, rec. 297/2006, Pte: López Chacón, María Jesús (EDJ 2008/60274); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17^a, A 11-5-2006, n° 419/2006, rec. 114/2006, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2006/95710); Audiencia Provincial de Segovia, S 29-3-2001, n° 11/2001, rec. 15/2001, Pte: Palomo del Arco, Andrés (EDJ 2001/8655); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4^a, A 3-11-2005, n° 548/2005, rec. 63/2005, Pte: Sánchez Yllera, Ignacio (EDJ 2005/240696); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17^a, S 20-2-2004, n° 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16^a, S 26-12-2013, n° 862/2013, rec. 390/2013, Pte: Herrero Enguita, Sagrario (EDJ 2013/289612); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17^a, A 23-11-2012, n° 1523/2012, rec. 689/2012, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2012/302204); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 2^a, S 4-3-2011, n° 60/2011, rec. 304/2010, Pte: Acosta González, Nicolás (EDJ 2011/141836). Los propios colectivos okupas admiten que un bien inmueble rústico sea objeto material de la acción. Así, ENDIKA ZULUETA afirma: "Por okupaciones vamos a entender las realizadas por personas que (de forma individual o colectivamente), ocupan unas tierras o un inmueble de forma indefinida, a fin de darle la utilidad a la que de forma "natural" está destinado (sembrar -el campo- o morar -las viviendas-), o bien para la creación de Centros Sociales Autogestionados. La característica esencial de estos inmuebles, o *tierras*, estriba en estar en situación de abandono, habiendo perdido, en el caso de los inmuebles, el carácter de morada". ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar*. N° 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997. Pág., 53.

Otra cosa podría llevar a errores en la correcta calificación jurídica de los hechos. Piénsese, *v.gr.*, en las aguas vivas o estancadas, para las que existe un concreto tipo penal de distracción del curso de las aguas (art. 247 CP), y que si estuviesen recogidas en recipientes serían bienes muebles objeto de hurto o robo. El propio sentido literal del artículo 245.2 nos lleva a excluir la posibilidad de incluir los derechos sobre bienes inmuebles como objeto material sobre el que recae el delito, ya que éstos no se mencionan en él y sí en el apartado primero del artículo 245, cuando se habla expresamente de “usurpar un derecho real inmobiliario”⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Vid., SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial...* Op. cit., Pág., 411; GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* Op. cit., Pág., 8; HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... Op. cit., Pág., 293. “Del concepto de inmueble del art. 245 hay que excluir todos aquellos objetos enumerados en el art. 334 del Código civil que pueden ser transportados y cuya apropiación constituye un hurto o un robo (frutos, estatuas, etc.)”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición. Valencia, 2013. Pág., 396. “La relevancia de los ataques al patrimonio inmobiliario contemplados en este Capítulo [Capítulo V del Título XIII del Libro II del CP] viene de una característica que tienen en común las conductas contempladas en el mismo... y es que exigen un contacto físico directo con el objeto material, al igual que puede suceder con los bienes muebles en el hurto o en el robo. Lo que pasa es que mientras que respecto de los bienes muebles ese contacto físico se traduce en un desplazamiento material del objeto, en el caso de los inmuebles esto, por definición, resulta imposible, y lo que se produce es más bien un desplazamiento *de facto* del titular del inmueble... Si se nos permite la licencia, en términos vulgares se podría decir que se produce un “quítate tú que me pongo yo””. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 199. “La acción de ocupar o mantenerse recae sobre inmuebles, edificios o viviendas. Quedan excluidos los derechos reales inmobiliarios”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 11. “El objeto material se diferencia de la usurpación del párrafo primero porque no caben ya los derechos reales, sino sólo los inmuebles, edificios o locales”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... Op. cit., Pág., 1679. “Aunque en la práctica sea muy difícil que se aprecien penalmente otras conductas, debido, en gran parte, a que la voluntad del legislador a la hora de tipificar el delito del artículo 245.2 es la de penar las conductas de los conocidos como “okupas”, podría incluso considerarse que la ocupación de otros bien inmuebles, como las minas, podrían ser constitutivos de este delito. Por otro lado, el propio sentido literal del artículo 245.2 parece excluir la posibilidad de incluir a los derechos sobre bienes inmuebles como objeto material sobre el que recae el delito, ya que éstos no se mencionan en él y sí en el apartado primero del artículo 245, cuando se habla expresamente de “usurpare un derecho real inmobiliario””. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* Op. cit., Págs., 7-8.

2.2.4.- VIVIENDAS Y EDIFICIOS. ¿PUEDE SER EL OBJETO MATERIAL UNA VIVIENDA QUE NO SEA INMUEBLE?

A) *Especies del género inmueble*

El objeto material está casuísticamente descrito y la sola referencia a bienes inmuebles hubiera bastado, siendo a juicio de RODRÍGUEZ RAMOS un pleonismo la referencia a *vivienda o edificio*⁵⁰⁹.

No ha de olvidarse que inicialmente, en el Proyecto de Código Penal de 1994 (art. 238.2) la relación de objetos materiales enumerados era “*vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada*”. La inclusión definitiva del término “*inmueble*” se debe a una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), siendo el argumento con el que se justificaba: “*De esta forma el tipo abarcaría las ocupaciones de fincas*”⁵¹⁰.

En la búsqueda de la *mens legislatoris* podemos intuir que la referencia a edificios, como contraposición a viviendas, parece radicar en la intención de incluir en el objeto material, supuestos como almacenes, naves industriales, fábricas...

⁵⁰⁹ Vid., RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.... *Op. cit.*, Pág., 157; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 446.

⁵¹⁰ Al igual que sucediera en el Proyecto de 1992, al artículo 238.2 del Proyecto de 1994 (*Artículo 238.- “2.- El que ocupare, sin la autorización debida, una vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”* en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 26 de septiembre de 1994. Núm., 77-I. Pág., 36), el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) presentó una enmienda, la número 1.135, a los efectos de adicionar la palabra “*inmueble*” en el apartado 2 del artículo 238 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Propuso la siguiente redacción: Artículo 238.2.- “*El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada...*” (resto igual). El argumento con el que se justifica la enmienda es el siguiente: “*De esta forma el tipo abarcaría las ocupaciones de fincas*”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 6 de marzo de 1995. Núm., 77-6. Pág., 387. “La consecuencia más importante de la inclusión de los “inmuebles” en el tipo radica sin duda en que ahora el objeto material del delito desborda la referencia puntual al edificio, de forma que, con independencia de la *mens legislatoris*, la redacción legal incluye entre los espacios protegidos aquellos no edificadas”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 910.

Viviendas y edificios, pues, deben ser considerados como especies del género inmueble a efectos de este delito⁵¹¹.

B) Edificio

Huelga incluir el sustantivo *edificio* entre los objetos materiales, pues, el mismo es un inmueble, tanto en sentido civil (art. 334.1º CC), como penal (al predicarse respecto del mismo las notas de *inmovilidad o incapacidad de traslado, y no susceptibilidad de aprehensión o sustracción*).

Para QUERALT JIMÉNEZ, por edificio “hay que considerar cualquier construcción, sea cual sea su calificación urbanística, estética o estado, siempre y cuando pueda tenerse en pie, sin contar con las mejoras que los autores hayan podido introducir en el lugar para que pueda calificarse de edificio”⁵¹².

⁵¹¹ “Particularmente desafortunada es la redacción del artículo 245.2 al referirse al objeto material en términos de inmueble, vivienda o edificio, puesto que la referencia a “edificio” es superflua, dado que el sustantivo “inmueble” incluye al “edificio”, suscitando además dudas sobre su alcance”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 396. “La sobreabundancia en la forma de expresar los objetos protegidos por este tipo penal puede explicarse en virtud del proceso legislativo... por la enmienda presentada con el propósito de proteger también las fincas, y la amplia significación de la expresión “inmueble” empleada para referirse a ellas. Tal y como ha quedado redactado el artículo, entiendo que la delimitación del concepto “inmueble” proviene en primer lugar de la acción típica, y en tal sentido, quedarán protegidos todos los inmuebles susceptibles de ser ocupados, y en segundo lugar, dentro de estos inmuebles se produce otra limitación, la de que los que reúnan las condiciones de ser destinados a “morada”, en el momento de la comisión del hecho, no tengan efectivamente ese destino”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 12. En contra de lo anteriormente expuesto; es decir, la inclusión de las fincas no edificadas en el objeto material del delito *Vid.*, HERRERO HERRERO: “¿Cómo entender el alcance de este objeto material de la acción? ¿Se trata de cualquier inmueble incluso de fincas no edificadas?... La respuesta positiva a estos interrogantes parece ser no infrecuente entre diversidad de tratadistas que, no obstante creer percibir anomalías redaccionales en el precepto ahora estudiado (la inclusión en una misma frase de las palabras “inmueble” y “edificio”, por ejemplo) han juzgado, al parecer, no ser posible hallar, entre ellas, la debida interrelación. Pienso, sin embargo, que la frase: “Un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada”, guarda una perfecta lógica gramatical y jurídica. Pues lo que indica no es otro contenido que el siguiente: que el objeto material de las acciones típicas es un inmueble, que ha de poseer las características de vivienda o edificio que no sean, en acto, morada. En esa frase, las palabras vivienda y edificio forman aposición del sustantivo inmueble, a la que delimitan o determinan. Esta interpretación, por lo demás, es concorde con los antecedentes prelegislativos próximos... Lo que con esta figura delictiva se pretende es hacer frente a los ataques contra la propiedad, dirigidos contra casas y edificios vacíos, deshabitados, durante períodos indefinidos de tiempo”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Pág., 162.

⁵¹² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 446.

GÓMEZ IBARGUREN acude a la interpretación gramatical para delimitar el concepto de edificio: “De acuerdo con lo que se establece en el artículo 3 CC en cuanto a la interpretación de las normas, ésta deberá hacerse según el sentido propio de las palabras. De esta manera, podemos recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que da la siguiente definición de "edificio": "Del latín *aedificium*. Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos"⁵¹³.

Se ha apreciado este delito en supuestos de ocupación de almacenes, naves industriales (fábrica de lanas), de antiguos establecimientos comerciales (discotecas), y con independencia del estado en que se encontraran de más o menos ruina. También se ha apreciado en algún supuesto de ocupación de plaza de aparcamiento ajena o en caso de explotaciones de parcela sin el consentimiento de su propietario, o cuando en un terreno se ha instalado una chabola. Nada impide que pueda apreciarse incluso en la ocupación de la habitación de un hospital⁵¹⁴.

⁵¹³ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno "okupa" en el Derecho Español... Op. cit.*, Pág., 8.

⁵¹⁴ GALLEGO SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 545. AGUADO, J.C.: << Un "okupa" en el hospital >> en *El Mundo*, Viernes 28/10/2011. <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/28/andalucia/1319813544.html>. Así dispone el Juzgado de lo Penal nº 2, Manresa, S 7-9-2012, nº autos 54/2012, Pte: Merino Rebollo, Alfonso (EDJ 2012/226877): “El tipo habla de ocupación de inmueble, vivienda o edificio. Este último supuesto se ha aplicado a casos de ocupación de almacenes, naves industriales (fábrica de lanas SAP Salamanca 59/04, 30-7 EDJ 2004/140164), de antiguos establecimientos comerciales (discotecas) y con independencia del estado en el que se encontraran (de más o menos ruina: SSAP Las Palmas 118/09, 30-6 EDJ 2009/236986; Guipúzcoa 112/00, 6-6). También se ha apreciado en algún supuesto de ocupación de plaza de aparcamiento ajena o en caso de explotaciones de parcela sin el consentimiento de su propietaria o cuando en un terreno se ha instalado una chabola (SAP Asturias 451/98, 2-7)”. En relación a los *almacenes* dispone la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 26-10-2010, nº 849/2010, rec. 207/2010, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2010/328738): “El ámbito de lo penalmente prohibido en atención al bien jurídico tutelado debe reconducirse a los supuestos de efectiva merma de la posesión natural (aquella a que se refiere el artículo 430 del Código Civil como tal: “la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona”), esto es no necesariamente la posesión plena que deriva de la titularidad dominical sino también la limitada que pueda derivar de derecho real distinto a aquel. Atendiendo a las específicas notas de la concreta ocupación y entre ellas las características del bien a que afecta (inmueble destinado a uso como almacén) resulta evidente el ataque a aquella posesión natural... Efectuada, en fin, la triple comprobación a que alude, entre otras, la STS de 27 de diciembre de 2007 consistente en si hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente), si ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías constitucionales y legales exigidas por la Constitución (prueba lícita) y si ha de considerarse razonablemente bastante para justificar la condena (prueba suficiente), debe concluirse en que existe prueba apta para volatilizar la presunción de inocencia”. La Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 3-9-1998, nº 87/1998, rec. 87/1998, Pte: Jover Carrión, María (EDJ 1998/21534), estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia que condenó a los apelados como autores responsables de un delito de usurpación, declarando la Sala, entre otros pronunciamientos, que el recurso del Ministerio Fiscal incide en la naturaleza del delito del art. 245.2 CP,

Consideramos que es absolutamente indiferente el uso que se dé al edificio ocupado, no siendo imprescindible, como sostiene un sector de la Doctrina, que se destine a vivienda. Es más, esta última exigencia, además de ser contraria a la interpretación gramatical del precepto penal (edificio entendido como construcción para habitación humana u *otros usos*), supondría la despenalización *de facto* de las okupaciones, pues, quedarían fuera del objeto material del delito los CENTROS SOCIALES OKUPADOS Y AUTOGESTIONADOS, los cuales son ejemplo emblemático de la okupación y los mismos no se destinan precisamente a morada de los okupas⁵¹⁵.

que siendo de carácter permanente se produce en el momento en que se ocupa el edificio o se continúa en el mismo, y los efectos antijurídicos creados se mantienen hasta que se produzca el desalojo; razones por las que no procede reservar acciones civiles para que los propietarios de la *nave industrial* puedan recuperar su posesión. La Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 30-7-2004, nº 59/2004, rec. 60/2004, Pte: Pérez Serna, Jesús (EDJ 2004/140164) desestimó el recurso de apelación interpuesto por los condenados por un delito de usurpación en relación a la ocupación de las instalaciones de una antigua *fábrica de lanas*. En relación a *las plazas de aparcamiento*, la Jurisprudencia *menor* ha considerado que el artículo 245.2 es aplicable; así la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 26-9-2001, rec. 475/2001 (EDJ 2001/59486): “procede en el caso de autos una nueva valoración de la prueba practicada y en base a ella calificar los hechos como constitutivos de un delito de usurpación de bien inmueble previsto y penado en el art. 245. 2 del C.P. de 1995 el cual castiga al que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituya morada o se mantenga en ellos contra la voluntad de su titular; y ello por concurrir en la conducta de los imputados los elementos integrantes de dicha figura delictiva como son: a) la ocupación sin autorización debida de un inmueble ajeno *incluyéndose en el concepto de inmueble las plazas de aparcamiento* a tenor de lo dispuesto en el art. 334 del Código Civil y b) el dolo el cual requiere el conocimiento por parte del autor de la falta de título y autorización para ocupar el inmueble, y que se dirige exclusivamente a la ocupación o permanencia sin intención de apropiación definitiva”. El condenado por un delito de ocupación de inmuebles interpone recurso de apelación que resulta desestimado pues la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-4-2006, nº 249/2006, rec. 143/2006, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2006/86614) considera que ha quedado probado que el mismo accedió de forma continuada a una plaza de garaje sin contar con la autorización del propietario ni con derecho alguno para ello; debido a esto personas que habían alquilado la indicada plaza no pudieron dejar estacionados sus vehículos lo que motivó diversas quejas al presidente de la comunidad de propietarios. Dispone la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 9-4-2014, nº 90145/2014, rec. 55/2014, Pte: Pisonero del Pozo Riesgo, Elsa (EDJ 2014/102261): “En cuanto al uso u ocupación de una plaza de garaje ajena, tal acción sería incardinable en el art. 245.2 del Código Penal, si tuviera cierta vocación de permanencia”. La Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 14-10-2011, nº 463/2011, rec. 347/2011, Pte: Campelo Iglesias, Esteban (EDJ 2011/385361) confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a los acusados que ocuparon con dos caravanas y una pequeña construcción a modo de chabola, una parcela contra la voluntad de su titular y sin autorización debida del propietario del terreno.

⁵¹⁵ “Necesario es que la ocupación... suponga que la persona que la lleva a cabo toma posesión, se instala en el inmueble de que se trate, sea cual sea el destino a que lo aplique (vivienda, estudio, taller, etc.)”. ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*... *Op. cit.*, Pág., 565. En contra de este parecer, GÓMEZ IBARGUREN afirma que “debe entenderse éste [(el concepto de edificio)] como aquellas construcciones que, aunque no sean viviendas, son susceptibles de ocupación por parte de una persona, que puede utilizarlas como tales (por ejemplo, fábricas, almacenes...)”, en *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 8. Discrepamos de este autor en la medida en que vincula la ocupación de edificios con la utilización del mismo por parte del sujeto activo como vivienda; pues, si bien ello es lo habitual, es posible la ocupación con fines distintos (v. *gr.*, CSOA, plazas de aparcamiento...). La misma idea de GÓMEZ IBARGUREN parece sostener también MUÑOZ CONDE Y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, al afirmar el primero que “la

C) Vivienda

Mayores dificultades plantea la inclusión del término *vivienda*, pues, ni ésta ni la morada han de ser necesariamente, en principio, bienes inmuebles. Piénsese en caravanas, tiendas de campaña, roulottes...

Por vivienda ha de entenderse un lugar que, como mínimo, sea susceptible de servir como morada; siempre que haya servido en el pasado, pero no en la actualidad, y ello por acciones independientes a los autores de la usurpación⁵¹⁶.

ocupación de una finca de manera puramente simbólica, al aire libre y poniendo una bandera o un cartel con las reivindicaciones de los ocupantes no debería considerarse incluida en este apartado". MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Págs., 397. Por su parte MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA afirma en relación al destino del objeto material, que "se tratará... de viviendas o locales abandonados o simplemente desocupados, que el o los ocupantes se proponen utilizar como residencia". << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679.

⁵¹⁶ Vid., QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*... *Op. cit.*, Pág., 446. "Piénsese, por ejemplo, en esas agrupaciones de vagones sobre ruedas que, provistos de todo lo necesario para ser habitados, pueden albergar a miles de personas y aun de familias cuando se realizan grandes obras públicas. También la ocupación de tales "viviendas" puede llenar este tipo penal, siempre, claro es, que no constituyan morada al realizarse la acción. Ni la vivienda ni la morada son necesariamente inmuebles, como revela respecto a estas últimas la nutrida jurisprudencia del art. 490 del Código Penal de 1973 (sustituido por el art. 202 del texto de 1995), que ha aplicado una y otra vez el delito de allanamiento en tiendas de campaña, remolques automovilísticos y "caravanas". Ni toda vivienda es automáticamente morada (véanse los nuevos arts. 250 y 262) ni toda morada es simultáneamente una vivienda en sentido objetivo". MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 910. "Quien ocupa tales vagones, ocupa también el inmueble (terreno) sobre el que se encuentran asentados". BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 12. "Vivienda... es en lenguaje común "morada, habitación", mientras que "edificio" viene a significar "obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos como casa, templo, teatro, etc.". BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I. Delitos contra bienes jurídicos individuales*... *Op. cit.*, Pág., 504; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*... *Op. cit.*, Pág., 239. "La realidad es que muchas familias han tenido que abandonar los pisos que adquirieron con gran esfuerzo y han tenido que recurrir bien a alquilar una vivienda o realojarse en inmuebles de familiares, o recurrir a ayudas para poder tener un lugar en el que residir. Pero, por otro lado, si bien los que han perdido su inmueble buscan alguna vía adecuada para dar solución a este problema, sin embargo, hay personas que han recurrido a la vía de la fuerza para obtener un lugar donde vivir, con lo que, por un lado, el fenómeno okupa se ha vuelto a manifestar en su máxima expresión, y, por otro, se ha acabado recurriendo a alojar en un inmueble a muchas más personas de las que una vivienda puede asumir, dando lugar a la recuperación en masa de un fenómeno que se presentaba antes en ocasiones y focos puntuales, pero que la crisis de la vivienda ha acentuado al extenderlo de forma considerable... La situación se presenta en ocasiones insostenible cuando quienes ocupan ilegalmente una vivienda que tiene propietario acaban por realizar otras actuaciones ilícitas como la de llevar a cabo enganches ilegales en las tomas de luz cuando el inmueble no dispone de luz eléctrica, con lo que estas personas toman ilegalmente la luz al contador de otros propietarios que se ven sorprendidos más tarde cuando les pasan los recibos de luz con cifras desorbitadas para el consumo que venían realizando. Y en estos casos resulta que la solución que se le da por la compañía que suministra la

D) Bienes muebles que no constituyan morada

No faltan autores que sostienen la posibilidad de que un bien mueble pueda ser objeto material de este delito. En este sentido, GÓMEZ IBARGUREN dispone: “Se habla de vivienda que no sea constitutiva de morada. Éste sería el único de los supuestos en los que podríamos considerar que un bien mueble podría ser el objeto sobre el que recayese la conducta de usurpación del Código Penal de 1995. Así, por ejemplo, una caravana podría ser ocupada por una persona no propietaria de la misma, siendo una conducta susceptible de ser constitutiva de delito”⁵¹⁷.

La misma postura doctrinal mantienen RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ al afirmar que “el apartado segundo [del art 245 CP] se refiere expresamente a inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada. La diferencia, pues, estriba en que en el apartado segundo se recogen dos tipologías de bienes más, como son los edificios y las viviendas. El concepto de edificio ya viene comprendido dentro del concepto de inmueble (art. 334 CC), por lo que el legislador no hace más que reiterar el mismo. Ahora bien, la vivienda no tiene por qué ser un inmueble (piénsese, por ejemplo, en una caravana), lo que plantearía el problema de su extensión a ellos (los bienes muebles que puedan constituir vivienda) o por el contrario entender que el tipo se refiere únicamente a las viviendas que además sean inmuebles.

luz es que tienen que asumir el pago del recibo quienes no han consumido la energía que les ha sido defraudada, comunicándoles que deben pagar y luego repetir contra quien ha utilizado de forma ilegal su contador para uso propio, lo que supone francamente para el afectado hacer frente a una suma que, posiblemente, le sea muy difícil hacer frente, sino imposible, con lo que podríamos acabar con demandas civiles de reclamación de cantidad y con solicitudes de embargo de bienes por deudas que no son propias, sino de la ilícita conducta de terceros. Por otro lado, los denominados “pisos patera” provocan serias molestias en muchas comunidades de vecinos ante los excesivos ruidos provocados por el número de personas que ocupan un inmueble. En estos supuestos puede que la ocupación del inmueble sea legal, en principio, ya que una o dos personas de las que allí habitan suscribieron un contrato de arrendamiento con el titular y éste, cuando recibe las quejas de la comunidad por las molestias que causan, no las atiende siempre y cuando siga percibiendo la renta mensual que se pactó en el contrato, con lo que queda en el círculo de la comunidad de propietarios articular una demanda por actividades molestas ante la inactividad del propietario. Lo cierto y verdad es que ambas situaciones son hechos reales que se están sucediendo con frecuencia”. MAGRO SERVET, V.: << Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las comunidades de vecinos. ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u ocupación de viviendas y los enganches ilegales de luz a vecinos? >> en *Diario La Ley*, Nº 8225, Sección Tribuna, 9 de enero de 2014. Año XXXV. Editorial La Ley. Pág., 2.

⁵¹⁷ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Pág., 8.

Nosotros nos mostramos partidarios de no limitar la incriminación, pues, de un lado, el tenor literal así lo admite y, de otro, si el legislador solo hubiera querido referirse a bienes inmuebles, parece una repetición innecesaria que además se recojan los términos edificios y viviendas”⁵¹⁸.

NOGUEIRA GANDÁSEGUI también es partidario de incluir en el objeto material las viviendas que no sean bienes inmuebles, al establecer una identidad entre el objeto material del delito de allanamiento de morada (art. 202 CP), y el de ocupación pacífica (art. 245.2 CP). La única diferencia entre ambos tipos penales, en cuanto al objeto material, radica según este autor en que sea o no constitutivo de morada⁵¹⁹.

E) Toma de postura: Sólo bienes inmuebles

Como ya expusimos anteriormente, la Jurisprudencia *menor* exige como elemento positivo del objeto material del delito *la calidad de inmueble*. Extremo que es congruente con la consideración del bien jurídico protegido como *patrimonio inmobiliario*, seguridad del tráfico y orden público. La determinación del bien jurídico protegido es, pues, esencial incluso para la concreción del objeto material⁵²⁰.

⁵¹⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Pág., 4.

⁵¹⁹ Vid., NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales... Op. cit.*, Págs., 124-127. “En cuanto a objeto material, la ocupación pacífica puede recaer no sólo sobre un inmueble, como el delito del número 1, sino también sobre una "vivienda", que no se identifica necesariamente con aquél... No tiene sentido haber mantenido la referencia a "edificio" (arrastrada desde la Propuesta de 1983) cuando el Proyecto de 1994 incluye el sustantivo "inmueble", que comprende naturalmente a "edificio", si bien no ocurre siempre lo mismo respecto a la "vivienda". Ni la vivienda ni la morada son necesariamente inmuebles, ni toda morada es simultáneamente una vivienda en sentido objetivo”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 221-222; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Págs., 477-478. En relación a la necesidad de incluir el término “vivienda” como objeto material, pues ni ésta ni la morada tienen por qué ser inmuebles. Vid., BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 24.

⁵²⁰ “Es preciso determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por tanto no serían delictivas”, en Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María, (EDJ 2003/32239). “Parece que la vivienda debe ser un inmueble, pero ¿la ocupación de una caravana que no sea morada es ocupar una vivienda a los efectos del artículo 245.2? A mi entender debemos rechazar los conceptos laxos de los inmuebles citados en el precepto. La propia sistemática dentro del delito ubicado bajo la rúbrica de

En conclusión la conducta de ocupar o mantenerse en una vivienda, que sea bien mueble (tienda de campaña, caravana, roulotte...), no ataca ni pone en peligro el bien jurídico protegido por el artículo 245.2 del Código Penal por lo que tal conducta no sería materialmente antijurídica ni delictiva conforme a este tipo penal al no lesionar ni poner en peligro el patrimonio inmobiliario. Si bien, nada impide que la conducta pudiera subsumirse en otro tipo penal como el de coacciones (art. 172 CP) si se dieran todos los elementos del tipo⁵²¹.

2.2.5.- ¿SÓLO LOS INMUEBLES QUE NO ESTÉN EN ESTADO APARENTE DE ABANDONO? INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL OBJETO MATERIAL Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

A) Vías de exclusión del Derecho Penal

Existe un sector doctrinal y jurisprudencial que pretende restringir el ámbito de aplicación del artículo 245.2 del Código Penal, so pretexto de existir una protección del patrimonio inmobiliario en el orden jurisdiccional civil, a través de las acciones registrales y juicios verbales de tutela sumaria de la posesión. Consideran que no debe producirse la intervención penal en tres supuestos:

- Las conductas que no supongan un riesgo (ni lesión, ni peligro) para el bien jurídico protegido.
- Las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales.
- Las ocupaciones de fincas abandonadas y en las que no exista una posesión socialmente manifiesta⁵²².

la usurpación parece refrendar mi criterio”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317.

⁵²¹ Sólo sería subsumible en el artículo 245.2 del Código Penal la conducta de ocupar o mantenerse en una vivienda que sea bien mueble, en cuanto que referida a la ocupación del terreno (inmueble) sobre el que se asentase la vivienda, pero no en cuanto a la vivienda en sí.

⁵²² *Vid.*, GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 476-477; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* *Op. cit.*, Págs., 445-446; MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1962; GALLEGOS SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 544; GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno "okupa" en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 4; MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 344-345; HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 294; ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.). Ed. Atelier, 3ª edición adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. Barcelona, 2011. Pág., 255; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATALLÍN EVANGELIO, A., Y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 163; CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 224; ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*... *Op. cit.*, Págs., 564-565; BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Págs., 911-913; ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 320; FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1319; BAUCCELLS I LLADOS, J.: << La ocupación pacífica de viviendas deshabitadas y el nuevo Código Penal a la luz del principio de intervención penal mínima >> en *Revista Jurídica de Catalunya*. Nº 3. Año XCVI. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, editores. Barcelona, 1997. Págs., 684-703; LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*... Pág., 4-5; MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 957-959; CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 812-816; RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, Mª P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*... *Op. cit.*, Págs., 149-150; GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno "okupa" desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist*. Nº 116. Año XIV. Diciembre 2007-Enero 2008. Grupo difusión. Págs., 4-5; OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... *Op. cit.*, Págs., 62-71; CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado*... *Op. cit.*, Pág., 542; DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 766-767; PINTÓ RUIZ, J.J.: << El fenómeno "Okupa": defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? >> en *Economist&Jurist*. Nº 108. Año XV. Marzo, 2007. Grupo difusión. Págs., 30-31; CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.): *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*... *Op. cit.*, Págs., 533-535; MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*... *Op. cit.*, Pág., 89; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 5-6; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 397; ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar*... *Op. cit.*, Pág., 53-54; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*... *Op. cit.*, Págs., 81 y ss. "En realidad es un tema que debe ser resuelto en vía administrativa, a través de las fuerzas de seguridad. El Derecho penal no debe criminalizar estas situaciones, pues entiendo rebasa el "principio de intervención mínima". Otra cosa son los problemas que pueden plantear en el momento del desalojo, si se emplea violencia o se niegan a obedecer la orden de abandonar el lugar". SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 408; y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial. II (1) Delitos contra el Patrimonio*... *Op. cit.*, Págs., 401-402. "En relación con este tipo penal... vienen plenamente a cuento... las palabras de Quintano, cuando señala que el sistema de penalizar indiscriminadamente todas las ilicitudes en materia inmobiliaria, acarrearía más inconvenientes que ventajas, por acreditarse suficientes los medios defensivos de la propiedad inmueble establecidos en el Derecho privado, del que el penal debe

De los tres supuestos referidos el primero ha sido ampliamente expuesto al tratar el bien jurídico protegido. Compartimos plenamente la idea de que la ausencia de riesgo para el bien jurídico protegido determine la ausencia de intervención penal. Si bien; como ya se ha mencionado con anterioridad *“es preciso determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por tanto no serían delictivas”*⁵²³. Ello supone que al considerar la ocupación pacífica de bienes inmuebles como un tipo pluriofensivo (patrimonio inmobiliario, seguridad jurídica y orden público) será posible considerar antijurídicas distintas conductas que si se estima que estamos simplemente ante un delito uniofensivo (V. gr., posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad).

La segunda de las posibilidades alegadas por la Doctrina y Jurisprudencia para restringir la aplicación del delito estudiado (ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales) será analizada al tratar la conducta típica.

Será, pues, objeto de análisis en este punto, al guardar relación con el objeto material, la exigencia de la necesidad (o no) de abandono de la finca, y la función social de la propiedad respecto de los inmuebles ocupados.

B) ¿Es necesaria la situación de abandono del inmueble para que haya intervención penal?

La Jurisprudencia *menor* en numerosas ocasiones, excluye de protección penal la ocupación de bienes inmuebles en estado de aparente abandono, y los desocupados durante largo período de tiempo; es decir, los inmuebles que no están en condiciones de ser habitados, y los que no pueden considerarse como morada; reenviando al que

constituir tan sólo el imprescindible necesario complemento, en perspectiva de *ultima ratio*”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 392.

⁵²³ Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239).

pretende la liberación, a la jurisdicción civil. Queda, pues, según este criterio, fuera de esta protección penal, la ocupación de masías abandonadas, inmuebles desocupados, edificios no habitados, cines vacíos (V. *gr.*, Cine Princesa en Barcelona), antiguos locales sociales o municipales, e incluso locales de negocio vacíos (V. *gr.*, Sede de Banesto en Plaza Catalunya de Barcelona). Todos ellos se verían afectados por esta interpretación restrictiva del precepto y de sus consecuencias⁵²⁴.

Al existir mecanismos extrapenales suficientes para garantizar eficazmente la protección de la posesión (bien jurídico penal -parcialmente- protegido en la ocupación pacífica de bienes inmuebles), serían atípicas las ocupaciones de inmuebles abandonados o en estado ruinoso, al carecer de entidad suficiente para justificar la intervención penal y determinar así la imposición de una consecuencia jurídica tan gravosa como la pena. Es precisamente esta interpretación restrictiva, vinculada al fin de protección de la norma y los principios limitadores del *ius puniendi*, la que explican la importancia que generalmente en la práctica adquiere el estado de conservación en que se encuentra el inmueble ocupado⁵²⁵.

⁵²⁴ MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley*, N° 7999, Sección Tribuna, 11 de enero de 2013. Editorial La Ley. Págs., 10-11. En relación al Cine Princesa, *Vid.*, Juzgado de lo Penal n° 1, Barcelona, S 3-11-2000, n° autos 236/1998, Pte: Camarena Grau, Salvador (EDJ 2000/112148), y Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 16-1-2003, rec. 217/2001, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2003/42349). “Lamentablemente, hemos de hacer mención en este artículo, y muy a pesar del criterio de su autor, que la jurisprudencia penal entiende que el art. 245.2 CP, excluye de la protección penal los inmuebles que no están en condición de ser habitados (SAP de Barcelona, Secc. 5.ª de 16 de enero de 2003) y la posesión protegida en el orden penal es la que se goza y disfruta de forma efectiva por parte del que la ostenta (querellante), no sólo porque la que no se disfruta efectivamente ya tiene protección en el ordenamiento civil mediante el ejercicio de las acciones posesorias y reivindicatorias, sino porque el Derecho penal no debe proteger la posesión que no se ejercita obteniendo una utilidad individual. Para esa Secc. 5.ª de la AP de Barcelona, “la posesión protegida en el orden penal es la que se goza y disfruta de manera efectiva, no sólo porque la que no se disfruta efectivamente ya tiene protección en el ordenamiento civil mediante el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias y reivindicatorias, sino porque el Derecho penal, a nuestro entender, no debe proteger la posesión que no se ejerza obteniendo una utilidad individual y ello con independencia de que los motivos de la falta de utilización del bien no sean imputables a la propiedad”... En concreto, la jurisprudencia mayoritaria (también SAP de Barcelona, Secc. 10.ª de 20 de junio de 2005) sigue el criterio del Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de noviembre de 2003 que señala que el delito del art. 245.2 CP ha sido introducido en nuestra legislación por el CP de 1995 “a fin de sancionar las conductas de los llamados ocupas, y que exige el delito una ocupación “sin autorización debida” o el mantenimiento en la ocupación ilegítima de los bienes inmuebles “contra la voluntad de su titular”, hemos de convenir que no es solamente el hecho de la ocupación del inmueble sino las condiciones en que se halla el mismo lo que debe valorarse””. MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley*... *Op. cit.*, Pág., 10.

⁵²⁵ CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 813. Un sector de la Jurisprudencia *menor* sostiene

que la intervención penal resulta desproporcionada cuando estamos ante fincas abandonadas o en mal estado, por lo que acreditándose que el inmueble ocupado está en estado ruinoso (pudiendo llegar en algunos supuestos a no tener agua ni luz), no puede considerarse perturbada la posesión del inmueble, y en consecuencia procede la absolución. *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-10-2011, nº 861/2011, rec. 194/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261929); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 4-11-2002, rec. 617/2002, Pte: Gallego Soler, José Ignacio (EDJ 2002/72035); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 11-4-2013, nº 90166/2013, rec. 48/2013, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane (EDJ 2013/107452); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 14-9-2006, nº 731/2006, rec. 308/2006, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane (EDJ 2006/411941); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 11-9-2007, nº 505/2007, rec. 297/2007, Pte: Alonso Cardona, Ruth (EDJ 2007/360708); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2011/27692); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 31-10-2011, nº 541/2011, rec. 193/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio (EDJ 2011/355279); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 31-3-2014, nº 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2014/103115); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 2006/439248); Audiencia Provincial de Segovia, S 29-10-1998, nº 97/1998, rec. 87/1998, Pte: Palomo del Arco, Andrés (EDJ 1998/32082); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 30-3-2004, nº 186/2004, rec. 44/2004, Pte: Escribano Parreño, José Andrés (EDJ 2004/43078); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 13-10-2000, nº 181/2000, rec. 174/2000, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan (EDJ 2000/52612); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 25-4-2013, nº 358/2013, rec. 10/2013, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2013/137679); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 24-2-1998, nº 64/1998, rec. 728/1997, Pte: Hormazábal Malarée, Hernán (EDJ 1998/9270); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, S 30-10-2008, nº 529/2008, rec. 2112/2008, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2008/281466); Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 7-6-2007, nº 143/2007, rec. 1176/2007, Pte: Maeso Ventureira, Augusto (EDJ 2007/215301); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 11-11-2003, nº 765/2003, rec. 192/2003, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2003/225048); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 14-10-2002, nº 237/2002, rec. 177/2002, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2002/67096); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 19-2-2010, nº 53/2010, rec. 27/2010, Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2010/311376); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 30-12-2005, nº 554/2005, rec. 409/2005, Pte: Abad Arroyo, Pilar (EDJ 2005/259749); Audiencia Provincial de Palencia, sec. 1ª, S 29-6-2009, nº 64/2009, rec. 60/2009, Pte: Ráfols Pérez, Ignacio Javier (EDJ 2009/139810); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 25-4-2013, nº 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2013/294826); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 6-9-2013, nº 403/2013, rec. 695/2013, Pte: Paredes Sánchez, Fernando (EDJ 2013/189864); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 9-11-2010, nº 258/2010, rec. 256/2010, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2010/313633); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 2ª, S 4-3-2011, nº 60/2011, rec. 304/2010, Pte: Acosta González, Nicolás (EDJ 2011/141836); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 4ª, S 9-11-2006, nº 478/2006, rec. 774/2006, Pte: Sánchez Siscart, José Manuel (EDJ 2006/419276); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 13-1-2014, nº 90012/2014, rec. 190/2013, Pte: Ayo Fernández, Manuel (EDJ 2014/101203); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 29-7-2010, nº 360/2010, rec. 3844/2010, Pte: Jiménez Mantecón, Esperanza (EDJ 2010/229464); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 8-11-2005, nº 542/2005, rec. 195/2005, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2005/317612); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 10ª, S 21-10-

2011, nº 388/2011, rec. 40/2011, Pte: Martínez Marfil, Javier (EDJ 2011/386379); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 16-3-2011, nº 96/2011, rec. 370/2010, Pte: Oliván Lacasta, Pilar (EDJ 2011/81976); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 26ª, S 22-5-2008, nº 356/2008, rec. 179/2008, Pte: Durán Hinchado, Fátima Mª (EDJ 2008/141055). Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 19-1-2009, nº 35/2009, rec. 228/2008, Pte: Soriano Vela, Francisca (EDJ 2009/29998): “Es preciso delimitar el ámbito de sanción penal en cuestión a partir de consideraciones Teológicas [léase teleológicas] vinculadas al fin de protección de la norma contenida al artículo 245.2 CP, puesto que no basta la mera realización formal de conductas subsumibles en una figura delictiva para que se pueda proceder a su sanción. Un Derecho Penal protector de bienes jurídicos penales obliga al juzgador, necesariamente, a tomar en consideración materialmente el interés que se trata de proteger en el ámbito penal, lo que obliga como ya se ha expuesto a no desconocer que nuestro ordenamiento jurídico ya posee mecanismos menos gravosos de solución de éstos conflictos. Por lo que penar las conductas de ocupación de inmuebles no constitutivos de morada debe limitarse a aquéllas conductas que entrañen un mayor riesgo o peligro para el bien jurídico. Varias Audiencia Provinciales vienen sentando una doctrina jurisprudencial que afirma que la intervención penal es desproporcionada si se trata de fincas abandonadas o en mal estado (SAP Segovia 29-10-98; Girona 1999; Valencia 4-2-2000; Zaragoza 18-2-99; Barcelona 16-1-2003; 14-5-2003; Madrid 14-9-2006 y 10-9-2003, 21-11-2005)... La Sala estima que sólo cabe considerar entre las situaciones amparadas en dicho precepto penal aquéllas formas específicas de perturbación de la posesión del inmueble, de vivienda o edificio ajeno, consistentes en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que suponen un riesgo a la posesión que sea clara y socialmente manifiesta, y se exige por consiguiente un ánimo de carácter patrimonial o económico de atentar contra ese derecho y las facultades que el derecho de propiedad conlleva, provocando un perjuicio concreto en ese derecho, ocupación que se realice de manera expresa contra la voluntad del titular”. En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 4-2-2005, nº 109/2005, rec. 374/2004, Pte: Chacón Alonso, Mª Teresa (EDJ 2005/176781), dispone: “Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de enero de 2003, señalaba "que la posesión protegida en el orden penal es la que se goza y disfruta de forma efectiva, no solo porque la que no se disfruta ya tiene protección en el ordenamiento civil mediante el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias y reivindicatorias, sino porque el derecho penal no debe proteger la posesión que no se ejerza obteniendo una utilidad individual". En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Gerona en Auto de 30 de septiembre de 2002 recordaba el carácter excepcional y el criterio de proporcionalidad que debe informar toda intervención penal, concluyendo que "solo cabe considerar entre las situaciones amparadas por el artículo 245.2 del Código Penal aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno consistente en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que signifiquen un riesgo a una posesión que sea clara y socialmente manifiesta". Añadiendo, que "esta intervención penal aparece desproporcionada tratándose de fincas abandonadas en mal estado, fincas en que la posesión no tiene el arraigo social que tienen por ejemplo, las casas de temporadas o las casas del constructor, temporalmente deshabitadas a la espera de un comprador". Incidiendo en el anterior criterio la sentencia de la AP de Barcelona de 4 de noviembre de 2002, señalaba que "la punición de las conductas de ocupaciones de inmuebles no constitutivas de morada debe limitarse a las conductas en que la mayor entidad del riesgo o del peligro para el bien jurídico penal merezca la imposición de una sanción penal". En esta línea material se va abriendo paso una considerable doctrina jurisprudencial que afirma, por ejemplo, que la intervención penal es desproporcionada si se trata de fincas abandonadas o en mal estado (sentencia de la AP de Segovia 29 de octubre de 1998; Gerona 5 de febrero de 1999; Valencia 4 de febrero de 2000), [o que] deben de impedir el ejercicio de derechos dominicales para configurar la tipicidad (S. AP de Zaragoza 18 de febrero de 1999). En el caso que nos ocupa, en el que la vivienda llevaba años desocupada, y en un estado de abandono, carente de utilidad real para la persona que podía ostentar un derecho formal sobre ella, no puede entenderse que la actuación de la acusada tenga relevancia penal; al no haberse perturbado ni puesto en peligro posesión real alguna”. Diversas sentencias vinculan el principio de intervención mínima con la situación de abandono del inmueble. Así la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 26-4-2013, nº 294/2013, rec. 29/2013, Pte: Roa Nonide, Alejandro (EDJ 2013/110682): “Teniendo en cuenta lo principios de proporcionalidad e *intervención mínima* que rigen en el Derecho Penal y su carácter de "ultima ratio", existiendo una concurrencia de normas penales y extrapenales de carácter tuitivo y a fin de no dejar sin contenido las segundas, es necesario delimitar el ámbito de protección de unas y otras de forma que solo los más graves ataques a la posesión, aquéllos en los que la perturbación tenga mayor significación, deberán ser objeto de sanción penal. Quedarían penalmente amparadas las ocupaciones de inmuebles, viviendas o edificios temporalmente deshabitados o, incluso aquéllos que, con el mismo carácter temporal, su propietario no les da un uso conforme a su naturaleza o destino, porque la ocupación tiene un plus de desvalor que justificaría la intervención penal,

En esta misma línea afirma QUERALT JIMÉNEZ: “una *ruina* no es objeto idóneo de este delito, ni siquiera cuando, por así decirlo, se haya rehabilitado por los inquilinos *de facto*”; y, una vivienda, “si ha servido en el pasado [de morada], pero no en la actualidad, por acciones independientes a los autores de la usurpación de uso, no estamos en presencia de la reivindicación por parte de su titular de una vivienda, sino de cuatro paredes, lo cual no es típico”⁵²⁶.

sin embargo esa intervención aparece como desproporcionada cuando de fincas abandonadas se trata, es decir de aquellos inmuebles en los que su propietario no ejerce actos que exterioricen y pongan socialmente de relieve la existencia de una relación posesoria con los mismos, no resultando, en consecuencia, evidente en la conciencia social su posesión. De todo lo expuesto, no podemos sino concluir en la imposibilidad de subsumir los hechos en el tipo invocado del art. 245.2 del CP lo que determina la procedencia de la sentencia absolutoria dictada”. En términos similares la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2013/159701): “Pero la intervención penal, inspirada en los principios de proporcionalidad e intervención mínima y extrema “ratio”, solo puede quedar reservada en los términos del precepto penal, para los casos más graves, esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación. De esta forma, sobre la base de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta el carácter excepcional de la protección penal y atendiendo a criterio de proporcionalidad que debe informar toda intervención penal, solo cabe considerar entre las situaciones amparadas por el art. 245.2 CP, aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno consistente en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que signifiquen un riesgo a una posesión que sea clara y socialmente manifiesta”. Siguiendo esta línea interpretativa del art. 245.2 CP, *Vid.*, Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 15-7-2013, nº 341/2013, rec. 116/2013, Pte: Muñoz Quintana, Mª Teresa (EDJ 2013/151470); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 3-3-2010, nº 16/2010, rec. 127/2009, Pte: Vicente de Gregorio, Marta (EDJ 2010/48181); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 7ª, S 8-3-2005, nº 158/2005, Pte: Gil Muñoz, Javier (EDJ 2005/339503); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 20-6-2005, nº 622/2005, rec. 206/2004, Pte: Pijuan Canadell, José María (EDJ 2005/313326); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2009, nº 122/2009, rec. 1/2009, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2009/36709); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar (EDJ 2009/162720); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 10-4-2008, nº 42/2008, rec. 141/2007, Pte: Arbona Femenia, Miguel Ángel (EDJ 2008/104301); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 20-11-2006, nº 486/2006, rec. 14/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/422062); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 15-3-2007, nº 369/2007, rec. 12/2007, Pte: Pérez de Rueda, Mª Pilar (EDJ 2007/129362); Audiencia Provincial de La Rioja, sec. 1ª, S 15-2-2006, nº 43/2006, rec. 4/2006, Pte: Rodríguez Fernández, Luis Miguel (EDJ 2006/22344); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 4-7-2012, nº 594/2012, rec. 130/2012, Pte: Valle Esqués, Fernando (EDJ 2012/175688); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015).

⁵²⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 446. “Recordemos que, cuando hablamos de okupaciones, nos referimos a las de inmuebles abandonados, no habitados ni siquiera temporalmente, por sus propietarios (no tienen carácter de morada), siendo los típicos titulares de

C) *Ius usus innocui* y función social de la propiedad

Se invoca la aplicación del principio de intervención mínima, para evitar que cualquier ocupación pacífica de un inmueble sea constitutiva de delito. Se parte de la idea de que sólo será delictiva la ocupación que prive al titular de un derecho sobre el inmueble de servirse de él, poseerlo, o disfrutarlo. Se invoca el *ius usus innocui*, del Derecho romano, según el cual no está prohibido que uno pueda beneficiarse de aquello que no perjudica a otro, que corrige, aplicando equidad, la rigidez del derecho de exclusión de terceros que tiene el dueño de una cosa. Ello permite considerar atípicas las ocupaciones de fincas abandonadas, y las de aquellas en las que no exista una posesión “socialmente manifiesta”⁵²⁷.

los mismos las grandes inmobiliarias, propietarios especuladores y los bancos”. ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar... Op. cit.*, Pág., 53. “El problema surge, no a la hora de determinar o comprender los conceptos de inmueble, vivienda o edificio ajeno; sino en interpretar en qué casos el tipo penal está protegiendo tales bienes... Hay que partir del hecho de que el precepto se refiere genéricamente a tales bienes, sin realizar ninguna cualificación sobre los mismos. Tan solo limita su protección a aquellos que no constituyan morada, por lo que todos los demás que no se encuentren en este caso, están sujetos a la protección del precepto. Sin embargo una corriente jurisprudencial entiende que la interpretación que haya de darse al precepto es que el mismo se está refiriendo a inmuebles, viviendas o edificios no abandonados. El problema real es determinar el alcance del término "abandonado". De entrada no puede contraponerse el concepto "abandonado" al de habitado, porque el inmueble habitado será casi siempre morada de una persona... Por ello entiendo que sería una construcción demasiado artificial a los efectos jurídicos que nos interesan, hablar de inmueble, viviendas o edificios, muy abandonados, o poco abandonados, para colocarlos bajo el paraguas de la protección del precepto. Parece ser que la respuesta que encuentra mayor apoyo es la de considerar que solo escaparían de la tutela del precepto los casos de inmuebles, viviendas o edificios que tuvieran la consideración de inhabitables o ruinosos”. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos... Op. cit.*, Pág., 171.

⁵²⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 476-477. En relación al *ius usus innocui*, *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 18-9-2006, nº 717/2006, rec. 281/2006, Pte: Fernández Entralgo, Jesús, (EDJ 2006/356074): “El *ius usus innocui*... una institución de honda raigambre histórica. Se conoce, en la bibliografía especializada, como “*ius usus innocui*”. De la admisión consuetudinaria del espigueo inocuo existe ya testimonio en el bíblico Libro de Ruth. En el Digesto (39.3.1.11), se recoge un fragmento de Ulpiano, a propósito de la *actio aquae pluviae arcendae*: “Omnibus ius esse prodesse sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur”. No está prohibido que cada cual pueda beneficiarse de aquello que no perjudica a otro. La idea se concretó en la máxima “quod tibi non nocet et alii prodest, non prohibetur”. El principio expresado en ella corrige, aplicando la equidad, la rigidez del derecho de exclusión de terceros que tiene el dueño de una cosa. Uno de los grandes teólogos juristas del siglo XVI se hace eco de él, aunque siempre como determinante de un espacio de posibilidad de aprovechamiento que, sin llegar a constituir un verdadero derecho, no se considera prohibido por la Ley, aunque el propietario o poseedor puedan imponer su cesación. La tolerancia del “*ius usus innocui*” (al menos en tanto el titular dominical no exprese su voluntad en contrario) inspira normas del Derecho especial aragonés; se puede rastrear en algún texto extranjero; y es a menudo invocado por la llamada jurisprudencia menor española, de que son muestra las Sentencias 4/1995, de 12 de enero, y 99/1999, de 16 de marzo, de la Audiencia Provincial de Huesca; 526/1998, de 24 de septiembre, y 641/2004, de la de Zaragoza; de 27 de julio del 2000 y de 18 de julio del 2002, de la

A través de la ocupación pacífica de inmuebles vacíos o abandonados *de facto*, el “movimiento okupa” pretende llamar la atención sobre la escasa aplicación, en la práctica, de la función social de la propiedad establecida por la Constitución en el artículo 33, cuando ésta se constituye sobre bienes inmuebles, erigiéndose así en un obstáculo para la plena efectividad del derecho constitucional (art. 47 CE) a una vivienda digna y adecuada⁵²⁸.

de La Coruña; 609/2000, de 30 de octubre, de la de Málaga; y 205/2005, de 14 de abril, de la de Cantabria. Si, como proclama el artículo 33 (1 y 2) de la Constitución, el derecho de propiedad, reconocido por él, está limitado por la función social que le es inherente, difícilmente podría calificarse de ilícito el aprovechamiento no autorizado (pero tampoco expresamente prohibido) de alguna utilidad de que sea posible una cosa ajena, siempre que no impida ni restrinja el ejercicio de sus facultades por el dueño o por el titular de un derecho real constituido sobre ella”. Con idénticas palabras disponen la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 2006/439248); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-9-2005, nº 395/2005, rec. 5257/2005, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2005/2440); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrían, Fernando (EDJ 2007/51670); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643): “Lo anterior conduce a excepcionar del tipo del injusto aquellos casos que, por no actualizarse efectivamente la posesión sobre el bien ocupado, dejado en situación de abandono (fáctico que no jurídico) o por la inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios (la antañona figura del “ius usus innocui”, tan útil ahora que, en las grandes conurbaciones modernas, el viejo espigueo tras los segadores ha sido sustituido por esta suerte de “espigueo inmobiliario” en busca de espacios baldíos o edificios arruinados), ya sea por la breve duración de la utilización de la finca ya porque no entorpece realmente el ejercicio de las facultades posesorias por el titular dominical”.

⁵²⁸ GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 991. En este tenor encontramos sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 7-6-2001, rec. 230/2001, Pte: Vigil Levi, Jacobo (EDJ 2001/31482), según la cual: “la finca estaba en una situación que socialmente podía ser considerada de abandono, y que si bien era poseída jurídicamente por su propietaria, tal posesión no se ejercía de forma directa, inmediata, clara, exteriorizada y adecuada a la función social de la vivienda por persona alguna. La perturbación posesoria ocasionada por las acusadas no reviste la relevancia exigida por el tipo objeto de imputación, por lo que debió generar en su caso sanciones y medidas de reparación propias del orden civil”. El derecho a la propiedad privada, a la herencia y el reconocimiento de la función social de la propiedad se recoge en el artículo 33 CE: “1.- Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2.- La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes 3.- Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”. La proclamación constitucional del derecho a una vivienda digna se postula en el artículo 47 CE: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”. “Es evidente por tanto el posible conflicto existente en este punto entre derecho y propiedad y derecho de vivienda, pero debemos tener en cuenta que ambos tienen rango constitucional y que ninguno de ellos es absoluto (la propiedad debe cumplir una función social)”. ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar... Op. cit.*, Págs., 53-54. En contra de lo anterior y más acertado nos parece el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346), y el de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 23-4-2010, nº 313/2010, rec. 161/2010, Pte: Mora Sánchez, Juan Miguel (EDJ 2010/249119), al decir: “Sin que pueda la conducta delictiva enjuiciada ampararse o escudarse (como acertadamente también pone de

Podemos concluir, resumiendo lo expuesto, que para este sector doctrinal y jurisprudencial, a través de esa interpretación restrictiva del objeto material y de la función social de la propiedad, o por lo menos de la necesidad de posesión socialmente reconocida, no serían punibles las ocupaciones transitorias, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, o que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurriría respecto a los edificios abandonados *de facto* y en estado de absoluta inhabitabilidad. La delimitación del bien jurídico protegido (la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada), excluiría los inmuebles y viviendas que estén en un estado ruinoso, sin reunir las mínimas condiciones de habitabilidad, que no sean susceptibles de ser efectivamente poseídos por sus propietarios.

D) ¿Están tan abandonados los inmuebles como alega la defensa?

A lo anteriormente expuesto, podríamos argumentar que no siempre están los inmuebles ocupados en tan absoluto estado de abandono o ruina como pretende argüirse por la defensa. Así leemos en palabras de los propios colectivos okupas: “El estado del inmueble es un factor importante ya que, existiendo miles de viviendas vacías, no hay por qué elegir una ruina que pueda ser peligrosa, necesite un trabajo y dinero abrumadores, e incluso pueda conducir a un desalojo cautelar para garantizar la integridad física de los habitantes. De hecho, existen edificios de nueva construcción, completamente acabados o casi, abandonados por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, dispuestos a ser okupados como podrían serlo otros más viejos”⁵²⁹.

relieve el Juez de Instancia) en los invocados por la parte arts. 33 y 47 CE. Porque es evidente que el derecho a la vivienda digna es un derecho constitucional de naturaleza social, como también lo es el derecho a la propiedad privada, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas. Por lo que *no es justificable la conducta de ocupación, aun pacífica, de inmuebles desocupados bajo invocación del ejercicio del llamado "derecho social a una vivienda digna" reconocido en el art. 47 de la Constitución*, pues al igual que sucede con los restantes derechos sociales-constitucionales no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos”. Concluimos, pues, que el precepto constitucional mencionado, artículo 47 CE, *no otorga a los ciudadanos un inmediato derecho a ocupar las viviendas o edificios de terceros que estimen se encuentren desocupados, sino que constituye un principio programático dirigido a los poderes públicos, a quienes incumbe arbitrar las medidas legales oportunas que faciliten el ejercicio de tal derecho*.

⁵²⁹ OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación...* Op. cit., Pág., 20. “Dependiendo de la antigüedad y del tiempo que haya permanecido vacía, la casa puede encontrarse en mejores o peores condiciones. Por lo general se puede rehabilitar casi cualquier casa, todo depende del número de personas y las ganas de trabajar. En cualquier caso, si vas a utilizarla sólo como vivienda, te conviene una en la

E) No exigibilidad de habitabilidad

A diferencia de lo que sucede en otros tipos penales en los que expresamente se habla de abandono (art. 196 en omisión del deber de socorro; arts. 229 y ss., abandono de familia; o en los arts. 407 y ss., abandono de destino por parte de autoridades y funcionarios públicos) en la redacción del tipo penal de la ocupación pacífica de bienes inmuebles se guarda silencio sobre este extremo.

BAUCELLS I LLADOS llega a diferenciar las dos modalidades de ocupación de bienes inmuebles en función del objeto material, considerando que el artículo 245.2 del Código Penal es un tipo privilegiado respecto del artículo 245.1 del mismo cuerpo legal, y que la única diferencia entre ambos estriba en que los bienes inmuebles del tipo privilegiado son los que no han estado ocupados nunca o los que están definitivamente abandonados, porque en estos casos no se afectaría a ninguna función económica o social del patrimonio⁵³⁰. A diferencia de lo anteriormente expuesto, para este autor, no

que no necesites hacer demasiadas obras. Una de las primeras cosas que debes tener en cuenta es que, en cualquier casa ocupada, es fundamental tener un mínimo de seguridad que evite que la policía, el dueño o cualquier otro visitante indeseado se cuele dentro sin tu permiso". CSOA CASAS VIEJAS.: *Cuaderno del Okupa...* Op. cit., Pág., 11.

⁵³⁰ Vid., BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 164-165; ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 200. "El hecho que en el párrafo primero del artículo 245 CP apareciera la expresión "con violencia o intimidación en las personas" y que esta no apareciera en el segundo, ha llevado a la doctrina y a la primera jurisprudencia a entender que mientras en el párrafo primero se tipificaba la ocupación violenta o usurpación propia, en el párrafo segundo se tipificaba la ocupación pacífica o usurpación impropia. En nuestra opinión y en contra de esos primeros comentarios doctrinales, las conductas de ocupación y mantenimiento en bienes inmuebles, viviendas y edificios ajenos del artículo 245.2 CP requieren ser desarrolladas con la misma violencia o intimidación que las previstas en el párrafo primero". BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 132-133. "El legislador en el artículo 245.2 CP sanciona con menor pena (de tres a seis meses de multa) la ocupación violenta de bienes inmuebles que no han estado nunca ocupados o que están abandonados de forma definitiva por no afectar a ninguna función económica o social del patrimonio. Obsérvese que al ser bienes inmuebles que no han estado nunca ocupados o han quedado deshabitados de forma definitiva, se trata de bienes que no tienen por función servir de vivienda a personas físicas, ni de domicilio social a personas jurídicas, etc... la lesión al patrimonio que no desarrolla ninguna función económica o social merece menor desvalor que el ataque a un bien inmueble que por ejemplo sirve de vivienda". BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 164-165. "Estableciéndose entre ambos párrafos una relación de tipo básico y tipo privilegiado, cada uno de ellos encontraría su justificación en el objeto material sobre el que recaigan las conductas. Mientras en el tipo básico del artículo 245.1 CP se tipifica como delictiva la conducta del que ocupe o se mantuviere con violencia o intimidación en las personas en un bien inmueble ajeno, en el artículo 245.2 CP se tipifica como delictiva la misma acción pero que tuviera por objeto bienes inmuebles ajenos "que no constituyan morada". De este modo el segundo párrafo

sólo el abandono no determina la no intervención penal, sino que es *conditio sine qua non* para la misma. Consideramos que no es necesario llegar a tal extremo, siendo suficiente con una interpretación literal (ni extensiva -porque el legislador dijo *minus quam voluit*-, ni restrictiva -porque dijo *plus quam voluit*-), que el inmueble no constituya morada.

Como señala GARCÍA PÉREZ, “la aplicación de las tipicidades previstas en el presente artículo presupone que el objeto de la ocupación no es una casa habitada, en el sentido dado a esta denominación y, por ello, pueden ser objeto de esta modalidad las viviendas de utilización o de uso temporal, esto es, aquellas que mayoritariamente, en términos temporales, estén vacías y vacías no es sinónimo de abandonadas o fuera del interés del propietario. Esto es, que el requisito de la cualidad de habitable del inmueble no resulta exigido en el precepto comentado, no hallándose excluidos, por tanto, de la protección otorgada por el meritado precepto los inmuebles, viviendas o edificios que no estén en condiciones de ser habitados, porque de ser así no se habría incluido junto con el término "vivienda" los más genéricos de "inmuebles" o "edificios”⁵³¹.

privilegiaría la menor lesión a la función social o económica del patrimonio que supone la ocupación de bienes inmuebles que no hayan sido nunca ocupados o que estuvieran definitivamente abandonados”. BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 173-174. “[Existen] sentencias [que] aceptan que la distinción entre los dos párrafos [del art. 245] se fundamenta en el carácter pacífico de la conducta definida en el segundo. Sin embargo... entienden que debe reducirse el objeto material sobre el que recaen las conductas del párrafo segundo. En algunas ocasiones y a partir de la alusión a "que no constituya morada" se ha llegado a afirmar que se limita a aquellos inmuebles que "son susceptibles de ser habitados". En otras, y a partir de la idea de que sólo se protege la posesión socialmente manifiesta, que no incluye aquellos inmuebles que estén "abandonados, en mal estado". Esta opción interpretativa, aunque razonable por exigir que la propiedad protegida pueda desarrollar una función social, continúa otorgando relevancia penal en el párrafo segundo a las ocupaciones pacíficas”. BAUCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... Op. cit., Págs., 726-727.

⁵³¹ GARCÍA PÉREZ, J.J.: << Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal >> en *Revista Sepin*, Marzo 2011. (SP/DOCT/14572). Así lo entiende la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994): “El artículo 245.2 CP castiga con la pena de multa de tres a seis meses a quien "ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular". La vivienda ocupada por la recurrente se encuentra dentro de los protegidos por el precepto, por lo que el recurso no puede prosperar. La STS núm. 1318/2004, de 15 de noviembre, señala que el referido tipo de delito se introdujo en el CP de 1995 para sancionar las conductas de los llamados "ocupas", sin que existiera con anterioridad porque sólo se sancionaba la ocupación de cosas inmuebles mediante "violencia o intimidación"... El tipo delictivo del artículo 245. 2 del C. Penal..., no hay duda de que es la tipificación de una nueva forma de delincuencia, pretendiendo hacer más clara la usurpación de un inmueble radicado en las grandes aglomeraciones urbanas. Y tal tipo penal, cuando se dan los elementos objetivos y subjetivos previstos en la Ley penal, ha de ser aplicado. Siendo evidente que si la propiedad es el derecho a disponer de la cosa sin más imitaciones que las establecidas por las leyes, es patente que los hechos declarados probados inciden

Consideramos una postura equivocada pretender limitar la aplicación del artículo 245.2 del Código Penal mediante una interpretación restrictiva del objeto material (exclusión de inmuebles abandonados, o en estado ruinoso), pues lo determinante es si existe lesión o no al bien jurídico (y dependiendo de cuál sea éste [a nuestro entender el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico jurídico y el orden público], podrán subsumirse más o menos conductas, como ya hemos expuesto con anterioridad)⁵³².

directamente en la posesión, sea cual sea la situación urbanística del edificio en cuestión y por ende de la vivienda afectada por la acción de la acusada, sin que la acción merecedora del reproche penal se justifique por el hecho de estar vacío el inmueble durante mucho tiempo o que vaya a ser demolido o remodelado, aunque se hayan producido ocupaciones sucesivas que lo impidan. En fin, el bien jurídico protegido por el art. 245.2 protege la ocupación de un edificio que no constituya morada dando tutela penal incluso a los edificios ruinosos que no por esa característica, dejan de tener propietario legítimo". En idéntico sentido la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 3ª, S 6-6-2000, rec. 3065/2000, Pte: Unanue Arratibel, Juana María, (EDJ 2000/19345): "Los datos anteriores deberán de examinarse a la luz del precepto, del art. 245-2 del C.P., en el cual se contiene una enumeración en relación al objeto de protección penal al que se contrae el precepto en el sentido siguiente: "inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituyan morada" y por tanto, no puede concluirse que están excluidas de la protección penal los inmuebles, viviendas o edificios que no están en condiciones de ser habitados, al ser claro en este sentido el precepto citado, pues coloca en el mismo plano inmuebles, viviendas y edificios. Corolario obligado de lo anterior será que si el legislador hubiera querido excluir con el parámetro de la habitabilidad dichos inmuebles, los inmuebles que no estuvieran en condiciones de ser habitados no hubiera incluido junto al específico y preciso término "vivienda", los conceptos más genéricos de "inmuebles o edificios", por lo que no será, por ende, la habitabilidad el criterio sobre el cual habrá de basarse para establecer el sentido y alcance concreto del art. 245-2 del C.P. En aplicación de todo lo anteriormente expuesto al caso concreto deberá de concluirse que en la actuación del acusado se dan los elementos exigidos por el precepto penal, así como el elemento intencional de que se accede a un inmueble por una vía distinta a la usual y sin el consentimiento del titular, sin que sea relevante como ya se ha señalado, el estado en el que el citado inmueble al que se accede se halle a tenor de la enumeración exhaustiva que se realiza ni tampoco el elemento de la permanencia en el interior, por todo lo expuesto deberá de desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la resolución recurrida".

⁵³² Así, la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 30-6-1998, nº 484/1998, rec. 247/1998, Pte: Pérez de Rueda, Mª Pilar, (EDJ 1998/29579), dice: "No será de recibo la argumentación, también expuesta de la sentencia de instancia, en el sentido de que para apreciar el tipo, el inmueble ocupado debería reunir condiciones de habitabilidad, como condición ineludible para penalizar la conducta. Pues *no es la habitabilidad el criterio sobre el que está basado el artículo 245.2*, sino que el bien jurídico protegido es la posesión del propietario socialmente manifiesta". Y en el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco, (EDJ 2011/313177): "*No es el criterio de la habitabilidad el que ha de considerarse para hacer entrar en juego la norma penal, sino el del bien jurídico que se trata de proteger con ésta*". Y la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 26-4-2013, nº 294/2013, rec. 29/2013, Pte: Roa Nonide, Alejandro (EDJ 2013/110682): "En efecto el requisito de la cualidad de habitable del inmueble no resulta exigido en el artículo 245.2, no hallándose excluidos, por tanto, de la protección otorgada por el mismo los inmuebles, viviendas o edificios que no estén en condiciones de ser habitados, porque de ser así no se habría incluido junto con el término vivienda los más genéricos de inmueble o edificio, pero también lo es que no cualquier ocupación de un inmueble ajeno, se halle o no en condiciones de ser habitado, consiste el delito de usurpación". Diversas resoluciones de la Jurisprudencia *menor* mantienen el criterio de que no es el criterio de la habitabilidad el que ha de considerarse para hacer entrar en juego la norma penal, sino el del bien jurídico que se trata de proteger con ésta. *Vid.*, Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 15-7-2013, nº 341/2013, rec. 116/2013, Pte: Muñoz Quintana, Mª Teresa (EDJ 2013/151470); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004,

rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 30-6-1998, nº 484/1998, rec. 247/1998, Pte: Pérez de Rueda, Mª Pilar (EDJ 1998/29579); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 3-12-2004, nº 249/2004, rec. 199/2004, Pte: Martínez Ruiz, Tárila (EDJ 2004/283436); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 7ª, S 8-3-2005, nº 158/2005, Pte: Gil Muñoz, Javier (EDJ 2005/339503); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 6-7-2007, nº 166/2007, rec. 10/2006, Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2007/202155); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 18-1-2006, nº 78/2006, rec. 314/2005, Pte: Obach Martínez, Jorge (EDJ 2006/9248); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 2006/439248); Audiencia Provincial de Segovia, S 29-10-1998, nº 97/1998, rec. 87/1998, Pte: Palomo del Arco, Andrés (EDJ 1998/32082); Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 24-2-1998, nº 64/1998, rec. 728/1997, Pte: Hormazábal Malarée, Hernán (EDJ 1998/9270); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 13-10-2000, nº 181/2000, rec. 174/2000, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan (EDJ 2000/52612); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 3ª, S 6-6-2000, rec. 3065/2000, Pte: Unanue Arratibel, Juana María (EDJ 2000/19345); Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 14-4-1998, nº 134/1998, rec. 190/1997, Pte: Ramírez Souto, Fátima (EDJ 1998/9228); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 8ª, S 6-10-2000, nº 412/2000, rec. 157/2000, Pte: Rodríguez Bermúdez de Castro, Ignacio (EDJ 2000/52633); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 2ª, S 4-3-2011, nº 60/2011, rec. 304/2010, Pte: Acosta González, Nicolás (EDJ 2011/141836); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 28-3-2011, nº 292/2011, rec. 92/2011, Pte: Guardiola García, Javier (EDJ 2011/117572); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-2-2010, nº 94/2010, rec. 17/2010, Pte: Gurrera Roig, Matilde (EDJ 2010/49246); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2013/220746); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 25-4-2013, nº 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2013/294826); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 19-4-2010, nº 243/2010, rec. 105/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396474); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 15-3-2010, nº 88/2010, rec. 45/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 8-7-2005, nº 342/2005, rec. 233/2005, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2005/185674); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 7-6-2011, nº 383/2011, rec. 164/2011, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2011/388118). Adviértase que en muchas de estas sentencias pese a mantener, a nuestro juicio, el acertado criterio de *no exigir la habitabilidad del inmueble para determinar la intervención penal*, sino el de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, llegan equivocadamente a las mismas conclusiones prácticas que si se exigiera la habitabilidad (es decir, que si se excluyera la intervención penal en los supuestos de abandono o ruina del inmueble), pues, terminan afirmando: Que la intervención penal aparece desproporcionada tratándose de fincas abandonadas; que deben quedar al margen de la protección penal aquellos bienes cuya posesión no resulta evidente en la conciencia social en un ámbito determinado; que no puede olvidarse nunca que la posesión es, antes que nada, un hecho protegido jurídicamente en forma amplia en lo civil con los interdictos posesorios y con carácter excepcional penalmente; que la determinación de la existencia de una relación posesoria o de señorío sobre una cosa se debe hacer sobre la base de la conciencia social que exista sobre dicha relación: habrá posesión, en consecuencia, en la medida que la conciencia común en un determinado ámbito social entienda que ésta existe sobre una cosa; y que de esta forma, sobre la base de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta el carácter excepcional de la protección penal y atendiendo al criterio de proporcionalidad que debe informar toda intervención penal, sólo cabe considerar, entre las situaciones

Incluso algún autor como MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA concluye en relación al objeto material, que “se tratará de viviendas o locales abandonados o *simplemente desocupados*”⁵³³.

F) Principio de intervención mínima

Olvidan el verdadero significado del *principio de intervención mínima* quienes lo invocan para restringir la aplicación del tipo penal y excluir aquellas conductas que tienen por objeto material un inmueble abandonado (en sentido vulgar, que no jurídico) o en estado ruinoso.

El principio de intervención mínima es un principio legislativo, dirigido por tanto al legislador, no al operador jurídico⁵³⁴.

amparadas por el art. 245.2 CP aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno consistente en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que signifiquen un riesgo a una posesión que sea clara y socialmente manifiesta.

⁵³³ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679.

⁵³⁴ El principio de intervención mínima expresa gráficamente un ulterior límite político-criminal del “*ius puniendi*”. Un límite coherente con la lógica del Estado social que busca mayor bienestar con el menor costo social, de acuerdo con un postulado utilitarista. El Derecho Penal debe hacer presencia en los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligros que les amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino programar un control razonable de la criminalidad seleccionando los objetos, medios e instrumentos. El Derecho Penal es la “*ultima ratio*”, no la solución al problema del crimen, sólo se debe acudir a él para defender los bienes jurídicos fundamentales, de los ataques más graves, y sólo cuando no ofrezcan garantías de éxito las restantes estrategias de naturaleza no penal. El principio de intervención mínima tiene una doble manifestación: el principio de “subsidiariedad” (el derecho penal como “*ultima ratio*”) y el de “fragmentariedad” (intervención selectiva). La intervención subsidiaria del Derecho Penal (o mejor, el Derecho Penal como “*ultima ratio*”) es un postulado limitador del “*ius puniendi*”, de fundamento político-criminal, que sugiere a los poderes públicos un uso parco y cauto de los gravosos resortes penales, precisamente porque el Estado de Derecho dispone de otros medios eficaces y de menor coste social. El Derecho Penal no es el único sector del ordenamiento que tutela bienes jurídicos; tampoco el único dotado de resortes coactivos, aunque sí el que cuenta con los instrumentos más drásticos. El Estado moderno dispone de un verdadero arsenal de medios (no solo penales) para cumplir eficazmente su función protectora del orden social. Siendo necesaria una estrategia racional para el control del crimen que pondere la eficacia del instrumento utilizado y el coste social del mismo, no será legítimo acudir a medios de especial severidad, como los penales, si cabe utilizar, con éxito, medios de naturaleza no penal, menos devastadores. El principio de subsidiariedad expresa, por tanto, una exigencia elemental: la necesidad de jerarquizar, optimizar y racionalizar los medios disponibles para responder al problema criminal adecuada y eficazmente. La naturaleza fragmentaria del Derecho Penal es una característica que suele predicarse de la Parte especial de éste; si bien, se trata de un límite material más del “*ius puniendi*”, de naturaleza político-criminal, derivado del principio de intervención mínima. La fragmentariedad del Derecho penal implica que no se

protejan por él todos los bienes jurídicos, sino sólo los fundamentales, y frente a los ataques más intolerables que pueda amenazarles. Una protección absoluta y generalizada sería propia de un Estado policial. La fragmentariedad tiene tres manifestaciones frecuentes en la Parte especial de los Códigos Penales: unas veces se tipifica exclusivamente ciertas modalidades de ataque (sólo la conducta dolosa, no la imprudente); otras, se opera con criterios selectivos de la antijuridicidad, más estrictos que los de los restantes sectores del ordenamiento jurídico; y otras por último, se prescinde de criminalizar comportamientos meramente inmorales. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen II. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 557-571. “La grave intromisión en derechos fundamentales que representan las penas y las medidas de seguridad ha de estar sujeta al mismo principio que debe legitimar cualquier afectación de derechos fundamentales por parte del Estado: el principio constitucional de proporcionalidad. Según éste, tales intervenciones estatales requieren tres condiciones: 1) Necesidad de la afectación; 2) Idoneidad de la misma para conseguir su objetivo; 3) Proporcionalidad en sentido estricto entre la lesión de derechos que supone la intervención estatal y el beneficio social que con ella se obtiene. En Derecho penal los bienes jurídico-penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. La necesidad y la idoneidad de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos. Y la comparación de costes y beneficios que requiere una proporcionalidad en sentido estricto debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito. Por esta vía constitucional encuentra legitimación la función de prevención del Derecho penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito (con la ventaja, además, de que esta proporcionalidad puede extenderse también a las medidas de seguridad). Se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado”. MIR PUIG, S.: << Límites del normativismo en Derecho penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 8, año 2007. Págs., 14-15. “Destinatario de este postulado es sólo el legislador, no el Juez”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen II. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal...* Op. cit., Pág., 557. “El principio de intervención mínima como señala SIRO GARCÍA es un mandato dirigido no al juzgador, como erróneamente se afirma, sino destinado al legislador... No debemos extrañarnos que uno de los argumentos más socorridos de la defensa... sea [la invocación del] principio de intervención mínima, mas... no es al juzgador sino al legislador a quien hay que decírselo. Precisamente, el principio de legalidad, que une tanto al juez como al fiscal, les obligará a aplicarlo en los términos manifestados por el legislador”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... Op. cit., Pág., 1319. “Hay quienes acuden al manido “principio de intervención mínima” que actúa como postulado del Derecho penal; pero lo cierto es que ya el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto del mismo, señalando que *el principio de intervención mínima rige para el legislador a la hora de determinar cuáles van a ser las conductas integradoras de la norma penal, pero una vez incardinada, la misma es de aplicación; eso sí, lo que cabe en todo caso es su interpretación, pero no su exclusión alegando dicho principio*”. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* Op. cit., Pág., 172. Así la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 28-3-2006, nº 363/2006, rec. 2067/2004, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2006/337351) señala: “Respecto a la cuestión planteada de que el derecho penal constituye la “ultima ratio” aplicable a los hechos más graves para la convivencia social debemos recordar que en este sentido el Derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención. El primero se dirige especial a los Jueces y Tribunales. Sólo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone impone la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente o en su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside. El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha

dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, *es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos*. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el Derecho penal: a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) Al ser un derecho subsidiario que como *ultima ratio*, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. Ahora bien, reducir la intervención del Derecho penal, como *ultima ratio*, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que *en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal*. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos (los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social) pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio". Los anteriores principios generales del Derecho penal son aplicados al caso concreto, ocupación pacífica de bienes inmuebles, por la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007 Pte: Orteu Cebrían, Fernando (EDJ 2007/51670): "Del mismo Tribunal es la interesante Sentencia de 16 de enero del 2003. He aquí sus términos: "En primer lugar debe recordarse, como lo ha hecho en ocasiones alguna resolución integrada dentro de la denominada "jurisprudencia menor", que efectivamente no es función de los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la oportunidad o los motivos de política criminal por los que el legislador ha decidido tipificar determinadas conductas y ello sin perjuicio de adaptar a la realidad social del momento de su aplicación aquellas normas que hayan podido ser elaboradas hace tiempo y no contemplen por tanto dicha realidad social. Esta labor de adaptación a la realidad social resulta sin embargo innecesaria (y aun inoportuna) en aquellos casos en los que, como sucede en el presente, la norma adquiere vigencia en el propio año de ocurrir los hechos a los cuales eventualmente ha de ser aplicada, pues la realidad social que el legislador contempló al estimar oportuno tipificar una determinada conducta es la misma que la del momento de su aplicación. No puede tampoco desconocerse que la usurpación no violenta, ni intimidatoria, ha sido introducida en el texto de un Código Penal de nuevo cuño perfectamente adaptado a las exigencias jurídico penales de un Estado social y democrático de Derecho hasta el punto de que sus redactores han venido a denominarlo Código Penal de la Democracia por lo que cabe presumir, (lo que no debería excluir un previo juicio de constitucionalidad antes de la aplicación de la norma) que responde a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 de nuestra norma fundamental. Es decir, *no se puede vaciar de contenido el expresado tipo penal por vía interpretativa en el acto jurisdiccional de aplicación de la Ley penal*. Como declara la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2002 de la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Barcelona: "los principios de subsidiariedad y última ratio, tan invocados en la práctica forense, no concurren en el momento de interpretar las normas penales como mecanismos de derogación de normas. Los citados principios, por el contrario, y en cuanto informadores del Derecho Penal, deben estar presentes en la mente del legislador". Tales principios son mencionados expresamente en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995. No obstante, a nuestro juicio, ello no puede impedir que los Tribunales se hallen obligados, cuando procedan a aplicar el nuevo tipo penal, como cualquier otro tipo, a hacerlo interpretándolo con arreglo a los principios constitucionales y de legalidad ordinaria vigentes en el ámbito del Derecho Penal y en especial teniendo en consideración los principios de "última ratio", intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad". Así también la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2009, nº 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2009/142926): "En lo referido al principio de intervención mínima de las normas penales, que también se invoca, ha de tenerse en cuenta que *el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que estas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario*

del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha producido la usurpación penalmente reproachable. De lo contrario, si no se sancionaran penalmente estas conductas, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, los órganos judiciales estaríamos asumiendo, en la práctica, una función que no nos corresponde (la legislativa), lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal. En este caso, se ha incluido en la norma penal la usurpación de cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario y, en consecuencia, al prevenir el ordenamiento jurídico la correspondiente sanción de carácter punitivo para quien quebrante dicha norma, los Tribunales estamos en la obligación de aplicarla cuando tal quebranto se produzca, evitando cualquier posible consideración personal acerca del eventual desacuerdo con la punibilidad que la Ley establezca y limitándonos únicamente a establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes sobre la tipicidad de cada conducta concreta”. También la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 25-11-2010, nº 888/2010, rec. 554/2010, Pte: Goenaga Olaizola, Reyes (EDJ 2010/361749): “Debe recordarse que el principio de intervención mínima (STS, Penal sección 1 del 21 de junio del 2006 (ROJ: STS 6162/2006), es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal. En este caso, por lo tanto, concurriendo los requisitos del tipo penal de usurpación tal como han sido correctamente analizados en la sentencia recurrida..., no procede esa apelación al principio de intervención mínima sino que la respuesta judicial es ajustada a derecho”. Leemos en el reciente pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826): “Posiblemente esta sensación de intensificación indiscriminada de la respuesta punitiva en defensa de la propiedad (al extenderla a las invasiones no violentas de cualquier inmueble) explique que en la práctica judicial se haya extendido una interpretación y aplicación de la literalidad del precepto coherente con los valores y principios del ideal de Estado Social y Democrático de Derecho que proclama, ya en su primer artículo, la vigente Constitución Española, y que puede resultar inevitable en un contexto notorio de crisis del modelo socioeconómico de mercado, que reconoce el párrafo primero del artículo 38 de esa Ley Fundamental. Se recuerda que su artículo 33 reconoce, en efecto, el derecho a la propiedad privada y a la herencia y dispone que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes; pero también establece que aquellos derechos se verán limitados, de acuerdo con las leyes, por su función social. Y el apartado 2 de su (un tanto olvidado en la práctica) artículo 9 compromete a los poderes públicos (sin excluir al judicial) a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Expresión de esta denominada "cláusula de progreso", el artículo 35 (siempre de la Constitución Española vigente) dispone que todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. Del mismo modo, el artículo 47.1 proclama que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y añade que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Las normas penales no pueden ser interpretadas de modo que contradigan todos estos principios rectores de nuestra convivencia social y con arreglo a ellos han de resolverse eventuales conflictos de intereses derivados de aquella aplicación. La Sentencia 22/2011, de 10 de enero, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya recuerda que "ha de tenerse en cuenta que *el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que éstas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad*, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha producido la usurpación penalmente reproachable. De lo contrario, si no se sancionaran penalmente éstas conductas, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, los órganos judiciales estaríamos asumiendo, en la práctica, una función que no nos corresponde (la legislativa), lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto,

mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. En este caso, se ha incluido en la norma penal la usurpación de cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario y, en consecuencia, *al prevenir el ordenamiento jurídico la correspondiente sanción de carácter punitivo para quien quebrante dicha norma, los Tribunales estamos en la obligación de aplicarla cuando tal quebranto se produzca, evitando cualquier posible consideración personal acerca del eventual desacuerdo con la punibilidad que la Ley establezca y limitándonos únicamente a establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes sobre la tipicidad de cada conducta concreta*””. Dispone la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 8-10-2010, nº 562/2010, rec. 236/2010, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2010/377180): “*Al amparo del principio de intervención mínima no debe admitirse una interpretación de la norma penal que la vacíe de contenido, pues de lo contrario los Tribunales nos estaríamos convirtiendo, de facto, en legisladores, proyectando en la labor de aplicación e interpretación de las normas no solo funciones que no nos corresponden, sino la propia consideración que cada uno tenga de la función social de la propiedad, con quiebra de la seguridad jurídica*. Con todo, si el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, y respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, es más que evidente que este tipo de conductas deben ser castigadas por imperativo del principio de legalidad, porque en otro caso cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario, podría ser objeto de usurpación sin más amparo que obligar a aquél a acudir a un proceso civil, que provocarían una especie de efecto llamada para todos aquellos ciudadanos que sin recursos suficientes, estarían sirviéndose transitoriamente de los mismos al no prevenir el ordenamiento jurídico ninguna sanción, más allá de la más que probable inejecución por insolvencia de los daños y perjuicios causados”. Así, la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 4-10-2012, nº 695/2012, rec. 312/2012, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2012/276860): “Comenzando por el principio de intervención mínima, solo cabe recordar, para rechazar su invocación, que, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 08-07-2002, núm. 1350/2002, el principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal, tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810): “El principio de intervención mínima del derecho penal, puede ser aplicado en algún supuesto que la jurisdicción penal prevé, pero es sobre todo un principio que debe orientar al legislador, y éste ha decidido sancionar como delito hechos como los que nos ocupan. Cuando el hecho enjuiciado se subsume totalmente en el tipo recogido en el CP no es posible aplicar el citado principio”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 14-7-2009, nº 461/2009, rec. 236/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/175335): “Hemos de indicar que el principio de intervención mínima se proyecta en aquellas situaciones de hecho en las que existe una duda razonable sobre la aplicabilidad de la jurisdicción penal para la resolución del conflicto y existen otras jurisdicciones alternativas que bien pudieran entrar a resolver la cuestión debatida. No es el caso que nos ocupa pues *el principio de legalidad vincula, como ningún otro, a los Jueces y Tribunales del orden penal*, y el hecho declarado probado encaja perfectamente en el tipo penal por el que finalmente se condena, conforme se expone de manera clara y contundente en la sentencia impugnada. En consecuencia no existe medio alguno de soslayar dicha evidencia de la comisión de un hecho delictivo sin perjuicio del mayor o menor acuerdo puntual que un Juez o Tribunal puedan tener con las decisiones soberanas del legislador, *debiendo limitarse los órganos judiciales a aplicar la ley legítimamente emanada del Parlamento Español. El principio de intervención mínima del Derecho Penal, vincula, ante todo, al legislador*. Es innegable que el legislador ha de tener en cuenta el efecto estigmatizante que tiene el Derecho Penal. El mero hecho de verse sometido a un proceso implica, para la persona que lo sufre, un fuerte efecto pernicioso de pérdida de autoestima, de deterioro de buena fama ante sus conciudadanos y una insoslayable sensación de angustia personal que deriva de la posibilidad de verse sometido a una pena, sea esta de mayor o menor repercusión. Ni que decir tiene que si verse sometido a un proceso es negativo, verse sometido al cumplimiento de una pena, bien pecuniaria o bien privativa de libertad, con mayor motivo. En el presente caso se parte de una evidencia innegable y es la ocupación ilegal y delictiva de una vivienda, hecho reconocido incluso por la propia acusada. A partir de tal situación de ilegalidad, acudir a una vía jurisdiccional que no sea la penal es harto dudoso en cuanto a su eficacia... Estamos ante un ejemplo claro de ocupación sin consentimiento del titular, situación delictiva que sólo tiene posibilidad de respuesta en el orden penal y por tanto el argumento impugnatorio ha de ser rechazado”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 17-6-2013, nº 313/2013, rec. 248/2012, Pte: Fernández Soto, Ignacio

José (EDJ 2013/146919): “El principio de intervención mínima, como los de *ultima ratio*” y carácter subsidiario del derecho penal, es ante todo un mandato dirigido al legislador para que proteja los bienes jurídicos esenciales para la sociedad y sólo cuando el orden jurídico no puede o no merece ser restaurado mediante otros procedimientos más eficaces y menos drásticos que la sanción penal (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo 1409/2005, de 11 de noviembre). El Juez está ante todo vinculado por el principio de legalidad, que se concreta en el principio de tipicidad; por consiguiente, ha de comprobar que los hechos tienen encaje en un precepto penal vigente y no le corresponde valorar la oportunidad de sancionar o no determinadas conductas tipificadas como delito. Por ello afirma la STS 670/2006, de 21 de junio, que “reducir la intervención del derecho penal, como última *ratio*”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal”. Finalmente, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 1390/2003, de 24 de octubre (ponente Perfecto Andrés Ibáñez), que “El citado es un principio de política criminal mediante cuya invocación se postula como criterio informador del Derecho penal de inspiración liberal-democrática, propio del Estado constitucional de derecho, el de reservar la actuación legislativa del *ius puniendi*, como última *ratio*, para los actos especialmente lesivos de los bienes jurídicos más dignos de protección. Siendo así, es claro que en el ámbito de aplicación de la ley penal por los tribunales tal criterio sólo podría operar como parámetro interpretativo, referido a eventuales situaciones-límite, en presencia de conductas cuyo carácter típico pudiera ser realmente problemático; sin aptitud, por tanto, para dar cuerpo a un motivo autónomo de impugnación””. Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 4-10-2010, nº 133/2010, rec. 91/2010, Pte: Morales Ortega, Rafael (EDJ 2010/322703): “*El principio de intervención mínima se proyecta en aquellas situaciones de hecho en las que existe una duda razonable sobre la aplicabilidad de la jurisdicción penal para la resolución del conflicto y existen otras jurisdicciones alternativas que bien pudieran entrar a resolver la cuestión debatida y este no es el caso que nos ocupa, pues el principio de legalidad vincula, como ningún otro, a los Jueces y Tribunales del orden penal, y es que, como resalta la citada STS de 29-11-06, “reducir la intervención del Derecho penal, como última ratio”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal.* Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos (los llamados “delitos bagatelas” o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social) pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. *Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio”, en conductas como la presente frente a las que el legislador trató de resolver ofreciendo protección penal a los propietarios de inmuebles, de los problemas cada vez más acusados del denominado fenómeno social de los “ocupas”*””. En relación a la determinación del principio de intervención mínima del Derecho penal como un principio legislativo y la expresa vinculación de los Jueces y Magistrados al principio de legalidad, en relación a la ocupación pacífica de bienes inmuebles, *Vid.*, Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 4-5-2007, nº 83/2007, rec. 253/2007, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2007/139155); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 3-3-2009, nº 193/2009, rec. 75/2009, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2009/54874); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 10-1-2011, nº 22/2011, rec. 717/2010, Pte: Gil Hernández, Ángel (EDJ 2011/180277); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2009/414265); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 9-5-2008, nº 271/2008, rec. 47/2008, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2008/112590); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 23-4-2010, nº 313/2010, rec. 161/2010, Pte: Mora Sánchez, Juan Miguel (EDJ 2010/249119); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2009, nº 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2009/142926); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 31-10-2008, nº 630/2008, rec. 252/2008, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2008/379768); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 11-4-2008, nº 259/2008, rec.

En el ámbito del Derecho penal, el operador jurídico (jueces y magistrados) deben regirse por el principio de legalidad y de aplicación restrictiva del Derecho penal⁵³⁵. Aplicación restrictiva que supone, no la no aplicación de un tipo penal, sino el rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos (una de las cinco manifestaciones del principio de legalidad⁵³⁶). Implica, por tanto, la imposibilidad de desarrollar actividad legislativa por el Juez.

16/2008, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda (EDJ 2008/87347); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 18-11-2008, nº 1066/2008, rec. 209/2008, Pte: Barabino Ballesteros, Nuria Alejandra (EDJ 2008/355612); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 144/2006, rec. 87/2006, Pte: Julia Igual, Mª José (EDJ 2006/305439); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 14-6-2013, nº 395/2013, rec. 607/2013, Pte: Barrientos Monge, Luis (EDJ 2013/137184); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653).

⁵³⁵ “Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”. BECCARIA C.: *Dei delitti e delle pene* (1744); y VOLTAIRE: *Comentaire sur le livre “Des délits et des peines”* (1776). Traducción de Juan Antonio de las Casas. Introducción, apéndice y notas de Juan Antonio Delval. Ed. Alianza editorial, S.A., 1ª edición, 7ª reimpresión. Madrid, 2011. Pág., 34.

⁵³⁶ Como manifestaciones del principio de legalidad enunciamos: 1.- Limitación de las fuentes del derecho penal (reserva de ley en materia penal); 2.- Rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos; 3.- Irretroactividad de la ley penal; 4.- Principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional: nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales, en el que se respeten las garantías establecidas en la ley; y, 5.- Principio de legalidad en la ejecución: no puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la ley. “El principio de legalidad se expresa en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, procedente, pese a su formulación latina de Feuerbach... El principio de legalidad no es sólo... una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo... Se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad: una garantía criminal [art. 1 CP: 1.1.- “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”]; y apartado 2, en relación a las medidas de seguridad: 1.2.- “Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”], una garantía penal [art. 2.1 CP: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad”], una garantía jurisdiccional o judicial [art. 3.1 CP: “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”], y una garantía de ejecución [art. 3.2 CP: “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”]. La garantía criminal exige que el delito (= crimen) se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*). La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*). La garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. Estas distintas garantías también deben exigirse respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos... Se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías

Así los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución Española, y los artículos 1 y 10 del Código Penal contienen de manera implícita, como consecuencia del principio de seguridad jurídica, el mandato de taxatividad y la prohibición de la creación judicial del Derecho (analogía). Encontramos en el artículo 4 del Código Penal una referencia expresa a la prohibición de la analogía. (En cambio, la analogía favorable está permitida por el artículo 21.7 del Código Penal, que recoge la atenuante analógica)⁵³⁷.

anteriores. Pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición... Con la exigencia de la *lex scripta* queda, desde luego excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas... El tercer requisito de *lex stricta*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (*analogía in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado "mandato de determinación", que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear... El "mandato de determinación" se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena que obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 105-107. Vid., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: << Capítulo 3.- Principios y garantías. Sección 1.- Principio de legalidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 67-87; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 49-50 y 57-63; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 121-140; RODRÍGUEZ DEVESEA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 172-179; COBO DEL ROSAL, M.: << Primera Parte.- Principios Informativos del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Págs., 37-43; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 99-120; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 67-80.

⁵³⁷ Dispone el artículo 25.1 CE: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Y el artículo 9.3 CE: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Por su parte, el artículo 1.1 CP: "No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración". Y el artículo 10 CP: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley". "La Ley que se menciona en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* ha de ser una *lex scripta, stricta* [prohibición de la analogía], *praevia* y *certa*". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: << Capítulo 3.- Principios y garantías. Sección 1.- Principio de legalidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 69. "La analogía consiste en aplicar a un caso no regulado por la ley, pero semejante a los en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley (analogía *legis*) o del ordenamiento jurídico en su conjunto (analogía *iuris*). La analogía es un procedimiento ideado para colmar las lagunas de la ley. No es, por tanto, una interpretación, sino una *integración* de la ley. La aplicación analógica supone verdadera *creación* de Derecho, precisamente para regular casos no previstos por la ley. De ahí que la fundamentación o agravación de una responsabilidad criminal invocando la analogía (*analogía in malam partem*), aparezcan prohibidas por el principio de legalidad". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 112-113. Se prohíbe la *analogía in malam partem* en el artículo 4 CP: 1.- "Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". 2.- "En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal". 3.- "Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o

No puede olvidarse tampoco que el art 245.2 del Código Penal es un precepto de vigencia posterior a la Constitución Española; sin que haya sido declarado inconstitucional, por lo que debe ser aplicado y observado por los jueces y tribunales mientras esté vigente (salvo que se plantee ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución, lo cual aún no ha ocurrido), ya que tanto los poderes públicos como los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución Española)⁵³⁸.

modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo". "El texto legal no establece ningún distingo... por lo que la prohibición alcanza también a la *analogía in bonam partem*, que en cambio, admitían expresamente algunos textos pre legislativos (Proyecto de 1980, Propuesta de 1983, y Anteproyecto de 1989). Por lo demás, esta fue, sin duda alguna, la voluntad del legislador, ya que la admisión de la *analogía in bonam partem* fue propuesta por el Grupo Popular y expresamente rechazada por la mayoría parlamentaria, invocando los argumentos de reserva absoluta de ley en materia penal y la imposibilidad de admitir la creación judicial del Derecho... Tanto la *voluntas legis*, expresada a través de la fórmula del apartado [1 del art. 4 del CP]... como la voluntad del legislador han optado por la prohibición también de la *analogía in bonam partem*, la que, además de no estar justificada, va a originar serios problemas en la aplicación práctica de la ley penal. Por tanto, la analogía sólo será admisible ahora cuando la ley la admita expresamente (y, por supuesto resulte favorable para el reo, pues en otro caso se quebrantarían las garantías derivadas del principio de legalidad)". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: << Capítulo 3.- Principios y garantías. Sección 1.- Principio de legalidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 76-77. La analogía favorable se haya recogida expresamente como atenuante en el Código Penal, artículo 21: "*Son circunstancias atenuantes: 7ª.- Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*". El artículo 4.3 CP viene a ser una nueva confirmación del principio de sometimiento de los tribunales a la ley: [este] párrafo... y el que le precede [art. 4.2 CP] *obligan a los tribunales a aplicar en todo caso la ley*, tanto si consideran que ésta es demasiado benigna como si estiman que "de su rigurosa aplicación" resulta penada una acción que no debiera serlo. En ambos casos, el tribunal podrá dirigirse al gobierno exponiendo lo que considere conveniente para que éste, en su caso, inicie la modificación de la ley o conceda el indulto de aquél que ha debido ser condenado en aplicación de la ley, considerándose excesiva la condena a juicio del tribunal sentenciador. En base a ello, el Tribunal Supremo ha negado reiteradamente la posibilidad de aplicar de manera analógica las circunstancias eximentes". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 124.

⁵³⁸ Dispone el artículo 163 CE: "*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*". Artículo 9.1 CE: "*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*". Dispone la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 21-11-2002, rec. 567/2002, Pte: Morales García, Oscar (EDJ 2002/76226): "El artículo 245 del Código Penal ha suscitado una fuerte polémica desde su entrada en vigor, principalmente desde una perspectiva ideológica (de posicionamiento político, si se quiere) pero también de técnica jurídica, dados los evidentes puentes entre la norma penal y las instituciones de carácter civil. Desde la primera perspectiva el rol del juzgador, en cuanto aplicador del Derecho es limitada. A lo sumo, en el momento de dar salida al segundo problema, es decir, al problema de técnica jurídica, si el halo de discrecionalidad es suficientemente grande podrá optar por la solución ideológicamente más acorde con sus postulados. Y, en todo caso, no puede negarse que en la tipificación de la conducta del artículo 245 CP hay una carga ideológica importante que el legislador, legítimamente,

Como afirma MAGRO SERVET, “es conocida la alegación en los procedimientos penales en delitos relacionados con cuestiones económicas que los hechos objeto de imputación deben resolverse en la jurisdicción civil. Sin embargo, estas mismas alegaciones caen en saco roto cuando, aunque detrás del hecho denunciado exista un componente económico de reclamación, la actitud del denunciado conlleva elementos que pueden incardinar la acción como antijurídica y con manifiesto dolo a la hora de causar un perjuicio a tercero pudiendo evitarlo”⁵³⁹.

ha plasmado. Conviene recordar aquí, para evitar confusiones, que los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, tan invocados en la práctica forense, no concurren en el momento de interpretar las normas penales como mecanismos de derogación de normas. Los citados principios, por el contrario, y en cuanto informadores del Derecho Penal, deben estar presentes en la mente del legislador cuando éste propone a las Cámaras la aprobación de una norma penal, restrictiva por lo tanto de derechos, invasiva en la mayor parte de los casos en la libertad personal del individuo. Pero el contenido de estos principios (y principalmente la ponderación de proporcionalidad que lleva pareja el de subsidiariedad) es lo suficientemente elevado como para legitimar la existencia del artículo 245 CP, aun cuando ideológicamente no se esté de acuerdo. La Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el entendimiento que de los principios anteriormente descritos y sus respectivas interacciones (especialmente proporcionalidad en relación con la selección del bien jurídico y, delimitado éste, “quantum” de sanción penal correspondiente, y subsidiariedad), es lícito efectuar a partir de la Constitución. La apuntada pluralidad de lecturas integradas en la Carta Magna, sirve de apoyo al Tribunal para extraer un mínimo axiológico en la labor interpretativa de la misma cuya virtualidad se ofrece, de modo ciertamente juicioso y equilibrado, en un doble sentido. De un lado, en función de “los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”, se afirma la posibilidad de desterrar del ordenamiento jurídico aquellas normas jurídico penales en cuya elaboración no se haya tenido en cuenta “la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”. Ello confirmaría, en una primera lectura, la virtualidad del marco valorativo constitucional en la elaboración de las normas penales y su decisivo papel en el proceso de legitimación del *ius puniendi*. Ahora bien, y en segundo lugar, la aplicación *ex Constitutionem* de medidas expeditivas de la magnitud de la advertida, no puede convertirse en instrumento del juego político-ideológico no siendo, pues, recurso de fácil consecución, quedando expedita su utilización única y exclusivamente en supuestos en los que la violación lo es respecto de pautas valorativas (que tampoco imponen al legislador una solución precisa y unívoca, según recoge la Sentencia) constitucionalmente indiscutibles (para lo que habrá de acudir al cotejo de normas penales análogas) en los que se advierta un “patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria”. El razonamiento anterior se produce, además, a la luz del necesario reconocimiento del pluralismo político (atributo igualmente de la dignidad humana) como límite a la pretensión de imponer autoritariamente las valoraciones propias. *Partiendo de lo anterior, es evidente que la norma del artículo 245 CP, se comparta o no política o ideológicamente por cuantos intervienen en el proceso penal, es constitucionalmente irreproachable a la luz de la doctrina del TC expuesta*, y a salvo la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad y un cambio sustancial en la línea del Alto Tribunal. El legislador de 1995, en definitiva, ha pretendido ofrecer una protección reforzada a la posesión como atributo de la propiedad cuando ésta última es puesta en jaque por una posesión ajena continuada”.

⁵³⁹ MAGRO SERVET, V.: << La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres >> en *Diario La Ley*, N° 6922, Sección Doctrina, 10 de abril de 2008. Año XXIX. Editorial La Ley. Pág., 5. Analizado el bien jurídico protegido por el tipo penal se observó cómo no sólo se causa un perjuicio a un tercero con la conducta tipificada en el art. 245.2 CP, sino también a la seguridad del tráfico. Continúa afirmando MAGRO SERVET en relación a la propuesta de tipificación de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres que “se trata de poner sobre la mesa en estos casos si debe aplicarse, o no, el principio de intervención mínima del Derecho penal, el cual aconseja que sólo las infracciones más graves en esta materia tengan una

G) El ius usus innocui y la función social de la propiedad no pueden ser soporte para la exclusión de la protección penal dada por el legislador en el art. 245.2 del Código Penal

Las referencias al *ius usus innocui* (anteriormente aludidas como vía de restricción de la aplicación del precepto penal), sólo son admisibles en la medida en que no suponga la conducta del sujeto activo un riesgo para el bien jurídico protegido (por su intrascendencia o irrelevancia, como *v. gr.*, entrar para guarecerse de una fuerte tormenta...). Supuestos todos ellos que más que tener cabida en una institución no prevista expresamente en el Código Penal (cuando el orden jurisdiccional penal se basa en el principio de legalidad), podrían tener acogida en la ausencia de dolo en el sujeto activo o en el estado de necesidad, que serán objeto de estudio con posterioridad. Es evidente que los escasos supuestos en que pueda concurrir, serán de ocupación, y nunca de “okupación”. Supuestos éstos, en cambio, donde como ya se expuso al analizar el bien jurídico protegido, no es sólo el patrimonio inmobiliario lo que pretenden subvertir

sanción punitiva, pudiendo recurrir a la vía civil, para aquellos supuestos en que la infracción, por su forma o volumen, sea de menor entidad. La cuestión en el tema que sometemos a debate se ubica en el tremendo perjuicio que están causando los arrendatarios que dejan de abonar las rentas a sus arrendadores y que de forma consciente de su situación de morosidad no devuelven la posesión a estos obligándoles a recurrir a un procedimiento lento todavía, e incluso poniendo trabas para la efectiva recuperación posesoria por el arrendador. Ciertamente es, y puede alegarse, que razones económicas personales del arrendatario le hayan llevado a una imposibilidad de impago de rentas, pero debemos hacer notar, y repetimos, que los propietarios de inmuebles que los colocan en el mercado arrendaticio no son los responsables de las políticas de viviendas y no deben sufrir personalmente los problemas económicos que puedan existir en torno al pago de rentas. Nótese que la situación actual de morosidad arrendaticia está abriendo tremendas interrogantes en la puesta en circulación de inmuebles para alquiler ante la lentitud de la recuperación posesoria, por lo que si el arrendatario no puede abonar las rentas debería comunicárselo de forma inmediata al arrendador, a fin de plantearle si le concede una moratoria en el pago, o si, dada la situación de impago desea que abandone el inmueble. En este caso, como decíamos antes, será el arrendador el que tome la decisión con relación a concederle una moratoria si el problema se debe, por ejemplo, a la pérdida de puesto de trabajo, hasta que encuentre otra actividad laboral. Pero si el arrendador no quiere conceder este aplazamiento no está en la disposición del arrendatario, o no debe estar, la decisión de permanecer en el inmueble con la oposición del arrendador ante el impago y obligar a este a impetrar el auxilio judicial. Por ello, entendemos que la decisión de introducir en el Código Penal un tipo relativo a la no devolución de la posesión por el arrendatario cuando éste haya dejado de pagar las rentas, no puede chocar con el principio de intervención mínima del Derecho penal. Pero, con independencia de que esta no devolución posesoria sea una conducta dolosa cuando el arrendatario no abandona el inmueble por su situación de impago, comprobamos que en el Código Penal existen tipos penales, como el analizado a continuación, que sí que tipifican situaciones de impago de deudas [art. 227 CP]... En este caso vemos que no se sanciona el mero impago de las rentas, sino la no devolución de la posesión por el arrendatario, que es lo que, en definitiva, interesa al arrendador”. MAGRO SERVET, V.: << La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Págs., 5-6.

los sujetos activos de tal conducta penalmente relevante, sino también el orden público y la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Una correcta interpretación de la función social de la propiedad ha de partir de la idea de que la propiedad no es una función social, en el sentido de que se otorgue el poder sobre la cosa para que mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la Comunidad. La propiedad, es un derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica. Y otra cosa es que esa satisfacción se cohoneste con las conveniencias de la Comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo del mismo. Serán las leyes, concretando la función social, las que determinarán las facultades ínsitas en el dominio, o establecerán los límites de su extensión, o intensidad, o las cargas, deberes y obligaciones, que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit. Pág., 235; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general...* Op. cit., Pág., 144; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario...* Op. cit., Págs., 69-70. "Ni siquiera merece hoy favorable acogida la famosa construcción de la propiedad ideada por Duguit, que sustituye la idea de la propiedad *derecho subjetivo* por la de la propiedad *función social*, pues semejante punto de vista sobrepasa el límite de las transformaciones realizadas por el Derecho moderno en la condición jurídica del propietario. En realidad, no hay que cambiar la base filosófica y jurídica sobre la que se sienta tradicionalmente el derecho de propiedad. Todavía cabe considerar la propiedad, desde un punto de vista racional, como expresión genuina de la personalidad, y quírase o no, siempre constituirá la propiedad privada, desde el punto de vista jurídico, un derecho subjetivo de exclusión, que confiere a su titular una cierta esfera de autonomía, confiriéndole el poder de controlar la cosa con exclusión de las demás personas. Tan inexacto y peligroso es considerar la propiedad cual un *derecho absoluto*, como conceptuarla una mera *función social*. Con razón se estima hoy que debe ser considerada la propiedad como un *derecho subjetivo al que va ligada una función social* o, lo que es igual un derecho subjetivo establecido fundamentalmente para proteger el interés particular del propietario, pero que satisface a la vez intereses públicos y está subordinado a la realización del bien común". CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión...* Op. cit., Págs., 147-148. "Debe negarse que la Constitución haya partido del presupuesto de que el propietario sea un mero gestor de lo que los poderes públicos decidan, pues de lo contrario no tendría sentido el reconocimiento de la propiedad privada". Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general...* Op. cit., Pág., 144. El Tribunal Constitucional, Vid., Tribunal Constitucional Pleno, S 2-12-1983, nº 111/1983, BOE 298/1983, de 14 de diciembre de 1983, rec. 116/1983, Pte: Arozamena Sierra, Jerónimo (EDJ 1983/111), alude a la propiedad como un *derecho subjetivo debilitado*, "por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación". Advierte VALLET DE GOYTISOLO en relación a la propiedad y la función social de la misma: "Para el individualismo, el Estado debe respetar totalmente el derecho de propiedad, reconociéndole un carácter absoluto. Para el socialismo, las medidas estatales restrictivas de la propiedad no deben tener límite alguno basado en este derecho. Entre estas dos posturas existen innumerables matices en las posiciones intermedias, tanto en la teoría como en la práctica. Las medidas estatales pueden actuar sobre la propiedad: 1º.- Limitando directamente su uso o su disposición, o regulando el modo de efectuarlos. 2º.- Afectándola con tributos, ya sea con finalidad distributiva del capital o de las rentas, o bien para imponerle indirectamente un determinado aprovechamiento, o impedir su

Conforme el art. 33 de la Constitución Española la propiedad privada debe ajustarse a una función social. No obstante, esta plasmación constitucional no entraña que la propiedad deba proyectarse hacia el beneficio colectivo en los indeterminados y plurales términos que consideren las infinitas concepciones particulares que analicen la cuestión. La propia Constitución Española establece que si bien la función social de la propiedad delimitará los límites o intensidad del dominio, la demarcación de su alcance se hará con sujeción a las restricciones que legalmente se fijen; y, aun cuando el Tribunal Constitucional ha reconocido que la reserva de Ley que contiene el art. 33.2 de la Constitución Española no excluye la remisión del legislador al poder normativo complementario de la Administración, es lo cierto que ha manifestado al tiempo que - fuera de esta posibilidad reglamentaria- debe entenderse prohibida cualquier operación de deslegalización de esta materia o todo intento de regulación *extra legem* del contenido del derecho de propiedad privada (STC 37/1987, de 26 de marzo)⁵⁴¹.

acumulación, o para evitar cualquier utilización que quiera excluirse. 3º.- Indirectamente por la vía de depreciar la moneda y ordenar las consecuentes tasas de precios y rentas que suelen acompañarla. 4º.- Estatalizando o socializando en otra forma, determinadas propiedades, en especial por razón de su objeto. En su aplicación entra en conflicto interno la propia función social de la propiedad. Esta, de una parte, protege la libertad y favorece la iniciativa privada y las espontáneas relaciones entre los hombres; y, de otra, impone deberes sociales al propietario. La intervención estatal tiende a imponer esos deberes, pero el hacerlo puede resultar en detrimento de aquella función de salvaguardia de la libertad y favorecedora de la iniciativa privada. He aquí el dilema a resolver... La clave de la cuestión se halla en el bien común. Éste... encierra hasta ciertos límites en el campo ético los deberes dimanantes de la función social de la propiedad y sólo fuera de ello permite la intervención del Estado en los estrictos límites del principio de subsidiariedad. El bien común, presente y futuro de todos los miembros (de hoy y de mañana) de la comunidad, nos da la pauta de lo que debe imponerse de modo coactivo y de lo que no debe, o no puede, ser objeto de coacción". VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Estudios sobre Derecho de Cosas. I.- Temas generales...* Op. cit., Págs., 133-136. "El derecho de propiedad emana de la ley natural, y, por tanto, tiene por esta ley límites morales... más al lado de estas limitaciones, que son meramente morales, y que por lo tanto no pueden imponerse por medio de la coacción, hay otras limitaciones que son jurídicas, y se imponen por medio de la coacción... La autoridad pública puede... limitar el derecho de propiedad privada en todo aquello que así lo exija el bien de la sociedad de una manera necesaria, y tal es el fundamento del derecho del Estado a exigir las contribuciones, así como del de expropiación forzosa". RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R.: *Elementos de Derecho Natural...* Op. cit., Págs., 287-288.

⁵⁴¹ Vid., Tribunal Constitucional Pleno, S 26-3-1987, nº 37/1987, BOE 89/1987, de 14 de abril de 1987, rec. 685/1984, Pte: Leguina Villa, Jesús (EDJ 1987/37). "La Constitución no crea el concepto de derecho de propiedad sino que *reconoce* el tipo abstracto ya existente en el ordenamiento (cfr. Art. 33.1 CE)... Corresponde ciertamente a las leyes delimitar el contenido que al derecho de propiedad dé la función social (cfr. Art. 33.2 CE). Pero han de actuar sin menoscabar el contenido esencial, "entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho" (STC 89/1994, de 17 de marzo)". PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*... Op. cit., Pág., 249. Vid., Tribunal Constitucional Pleno, S 17-3-1994, nº 89/1994, BOE 89/1994, de 14 de abril de 1994, rec. 2010/1989; 969/1991 (EDJ 1994/2470). "La proclamación del párrafo 1º del artículo 33 [de la CE], en punto al reconocimiento del derecho "a" la propiedad privada, se nos presenta incluso con más fuerza y en tono más vigoroso que los preceptos paralelos de las Leyes Fundamentales; de una parte, porque ha desaparecido la conexión directa o el "condicionamiento" al

cumplimiento de la función social, y, de otra, porque ha desaparecido la alusión al "interés supremo de la nación". Por ello, tal y como ahora se presenta, la propiedad privada es reconocida por el Estado y una ley que la derogara o abrogara, o desconociera, debería ser considerada como inconstitucional. Otra cosa es... que la interpretación del párrafo 2º dé pie a una serie de derogaciones sustanciales, no formales. Pero habrá que pensar que ni siquiera la ley podrá tocar el principio de propiedad privada, aunque pueda regular su contenido, pero respetando siempre su contenido esencial. Ello sitúa a nuestro sistema dentro de una determinada órbita político-económica, y descarta también que sin alterar la Constitución pueda situarse en otra". CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión...* Op. cit., Pág., 131. "Desde la perspectiva del Derecho administrativo la función social como principio derivado del Estado social impone una acción positiva de los poderes públicos dirigida a realizar unos determinados objetivos, reconducibles a la consecución de la libertad en la igualdad en todos los planos o dimensiones (político, económico, cultural y social) de la vida colectiva... La CE de 1978 deja en manos del legislador regular los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I pero el legislador deberá respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades. Entre estos derechos se reconoce el derecho de propiedad". AGOUÉS MENDIZÁBAL, C.: << Función social de los derechos; en especial, el derecho de propiedad >> en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (DIR.). Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 1ª edición. Madrid, 2010. Págs., 785-787. "Cabría destacar dos elementos consustanciales a la función social de los derechos: la reserva de ley y el contenido esencial. El texto constitucional relaciona expresamente la reserva de Ley general que establece con la prohibición de la afección del contenido esencial de los derechos fundamentales en el art. 53 CE. La función social ha de ser delimitada por Ley, de modo que tanto los límites como los deberes impuestos al titular de un derecho no representan una derogación del mismo, sino una delimitación *ex lege* de su contenido. Ahora bien, esa delimitación no puede quedar al absoluto arbitrio del legislador, que se verá compelido a respetar su contenido esencial. La delimitación de un derecho por el legislador no confiere en principio al titular derecho alguno para exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de ese derecho, salvo que se invada el contenido esencial, en cuyo caso cabrá exigir la indemnización correspondiente de los poderes públicos". AGOUÉS MENDIZÁBAL, C.: << Función social de los derechos; en especial, el derecho de propiedad >> en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (DIR.)... Op. cit., Pág., 816. "El Gobierno central recurrió en junio de 2013 el decreto andaluz [Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda], concretamente su disposición adicional segunda y el artículo 1, por el que se da nueva redacción a los artículos 1.3 y 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía al entender que afectaba al contenido esencial del derecho a la propiedad de la vivienda, que es una norma reservada a las Cortes Generales, establecía una responsabilidad sancionadora al margen del principio de culpabilidad que viene exigido por la Constitución y una regulación contraria al principio de igualdad. El Constitucional declara ahora inconstitucional y anula el primer inciso del artículo 1.3, en cuanto que se impone al propietario de una vivienda el "deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico" rechazando así que deba formar parte del "contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda". Asimismo, ve inconstitucional y declara la nulidad de los apartados 5 y 6 del artículo 25 y del artículo 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, en la redacción aprobada por el artículo 1 del decreto Antidesahucios y también hace lo mismo con su disposición adicional segunda porque "menoscaba la plena efectividad de la competencia estatal prevenida en el artículo 149.1.13 de la Constitución"". DIARIO LA LEY << TC cree que el decreto antidesahucios invade competencias >> en *Diario La Ley*. Año XXXVI. Nº 8549. Sección Hoy es Noticia, 28 de Mayo de 2015. Ed. La Ley. Vid., Tribunal Constitucional Pleno, S 14-5-2015, rec. 4286/2013, Pte: González Rivas, Juan José (EDJ 2015/76546). Establece la Jurisprudencia *menor* en relación a la función social y la ocupación de bienes inmuebles: Así la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, S 9-10-2000, nº 76/2000, rec. 183/2000, Pte: Villamor Montoro, Pedro Roque (EDJ 2000/49025), dice: "En principio, no podemos compartir la tesis del juzgador de primera instancia en la medida que en este caso en que la propietaria perjudicada es la Junta de Andalucía, viene a identificar las limitaciones que la función social impone a la propiedad privada (art. 33) con la obligación que tienen los poderes públicos de fomentar políticas de viviendas sociales (art. 47). Conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional de 26.3.1987 que sienta los precisos límites en que se ha de entender esas limitaciones que la función social impone a la propiedad privada en el art. 33 citado, pues por un lado, se dice que aquélla delimitará el contenido de la propiedad de acuerdo con las leyes, y por otro, que nadie será privado de sus bienes "sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes". De aquí ya podemos extraer una primera conclusión, que no es otra que *el régimen jurídico de la propiedad privada*

es único, al margen de la condición pública o privada de su titular, y que esa función social no supone desconocer esa propiedad privada, sino sólo vendrá a acotar la extensión de las facultades que aquélla comprende, debiendo de existir un contenido esencial que siempre ha de ser protegido frente a cualquier ataque tal y como proclama el art. 53.1 de la Constitución. Ello nos conduce seguidamente a la existencia de un contenido esencial del derecho a la propiedad privada que ha de permanecer inmutable, comprendiendo en palabras de la citada sentencia las "facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito", todo ello en atención a las circunstancias de cada momento histórico, añadiendo seguidamente que ese núcleo de este derecho será "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". En este sentido, no cabe sino concluir que hechos como los aquí enjuiciados no pueden sino considerarse como atentatorios contra ese contenido esencial del derecho de propiedad, pues esa función social, hace referencia a intereses de la colectividad, no de un concreto ciudadano por muy necesitado que esté, y precisamente aquéllos a lo que conducirían serían, en su caso, a la expropiación, caso de ser un particular, con los trámites correspondientes, y en el caso que nos ocupa, pasaría por la inclusión de ese inmueble en un programa de política de viviendas sociales, con los requisitos que le son propios, y que, en cuanto a los particulares afectados, pasaría por el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, el de su solicitud, y el establecimiento de criterios de preferencias que aseguraran la mayor objetividad posible, que, desde luego, no se conseguiría con conductas del tipo de las que aquí tratamos, y que suponen sino un desconocimiento completo y absoluto del derecho de propiedad privada, esto es, también de su contenido esencial, y buena prueba de ello es su inclusión por parte del legislador como delito en el Código Penal de 1995. Se trata de conductas que en modo alguno pueden verse justificadas so pretexto de la necesidad de vivienda que sufren los acusados, pues se reconoce también el derecho a la propiedad privada, cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas. Aquí esa invasión de la propiedad privada se ha hecho sin cobertura legal, aun cuando no pueda considerarse que se trataba por aquéllos de apropiarse con carácter definitivo del local en cuestión. En todo caso como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 1ª, de 17.1.2000 "es que el principio de legalidad exige la aplicación ineludible del precepto en aquellos casos en los que se produzca la ocupación de un inmueble con la evidente intención de ejercer derechos posesorios sobre el mismo. Ciertamente es que el comportamiento en cuestión requiere cierta permanencia pero no resulta necesario el propósito de acceder definitivamente al dominio o titularidad del derecho", sí que se haya privado al titular de ejercitar facultades dominicales, aquí la posesión excluyente, tal y como se ha manifestado a lo largo de las distintas actuaciones administrativas tramitadas con anterioridad a la formulación de denuncia". Y, como dice el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, A 14-2-2011, nº 133/2011, rec. 559/2010, Pte: Segura Cros, Bibiana, (EDJ 2011/39429): "La función social de la propiedad no puede ser soporte para argüir la exclusión de los denunciantes de la protección penal de la propiedad definida por el legislador en el art. 245.2 CP". Dispone la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432): "La SAP de Cádiz 132/10, de 8 de junio, con abundante cita de pronunciamientos de otras Audiencias Provinciales, señala que: "Se ha discutido hasta la saciedad en la denominada jurisprudencia menor acerca de si el bien jurídico protegido es la propiedad o si lo es la mera posesión y, por otra parte, desde una interpretación sociológica del precepto, conforme al artículo 3 del Código Civil, se ha propiciado el advenimiento de un sólido cuerpo de sentencias, de las más dispares Audiencias Provinciales, en las que late soterrada la necesidad de conciliar el derecho a la igualdad y al disfrute de la vivienda digna y adecuada, que proclama el artículo 47 de la Constitución, imponiendo incluso a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este último derecho, con el derecho a la propiedad privada, proclamado en el artículo 33.2 de la Constitución y en el artículo 348 del Código Civil, cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las Leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas"". En idénticos términos se pronuncia la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 15-12-2010, nº 1086/2010, rec. 730/2010, Pte: Arévalo Lassa, José Ignacio (EDJ 2010/356780); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049). Dispone la Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563): "Tipificada tal conducta, no es función de los Tribunales de Justicia, como afirma la SAP de Burgos, 17-1-00,

En resumen, y contrariamente a lo que sostiene un sector doctrinal y jurisprudencial que entiende que “los Jueces y Tribunales no podrán considerar como delitos todos aquellos casos en los que se reúnan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo del artículo 245.2 del Código Penal (ocupación por parte del no titular sin autorización y con la finalidad de ejercer las mismas funciones del dueño o poseedor), sino que tendrán que atender a principios superiores del ordenamiento penal

pronunciarse sobre la oportunidad o los motivos de política criminal por los que el legislador ha traído al ámbito de lo penal actuaciones que habrían de resolverse por la vía de los interdictos civiles. A lo que podríamos añadir en sintonía con la SAP de Madrid, Secc, la de 30-4-99, que no se ven vulnerados los preceptos constitucionales que reconocen los derechos a la igualdad y al disfrute de una vivienda digna y adecuada (imponiendo incluso a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este último derecho), pues también se reconoce el derecho a la propiedad privada, cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas”. Y la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 9-12-2004, nº 555/2004, rec. 411/2004, Pte: Romera Vaquero, Consuelo (EDJ 2004/275957): “De otra parte, tampoco puede considerarse que la condena de los acusados como autores de un delito del artículo 245.2 del Código Penal infrinja precepto o norma alguna ni concretamente, el artículo 47 de la Constitución, habiendo de reiterarse también al respecto los razonamientos que viene reiterando esta Sección en supuestos como el presente (por todas sent. de 30 de abril de 1999) en el sentido de que los derechos que reconoce el precepto indicado, en relación con el artículo 9.2 también de nuestra Carta Magna “no impiden la tipificación penal de conductas como la enjuiciada de ocupación de inmuebles, pues, junto con el reconocimiento de los derechos a la igualdad y al disfrute de una vivienda digna y adecuada (imponiendo incluso a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este último derecho), también se reconoce el derecho a la propiedad privada, cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos sino por las causas legalmente establecidas”, señalando el auto anteriormente citado de 7 de marzo de 2002 que “la obligación que recae sobre los poderes públicos de promover la efectividad de estos derechos hace referencia a intereses de la colectividad, no de un concreto ciudadano por muy necesitado que esté. De este modo, el ciudadano afectado, precisamente para hacer efectivo el constitucional principio de igualdad, debe pasar por el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, el de su solicitud y el establecimiento de criterios de preferencias que aseguren la mayor objetividad posible que desde luego, no se consigue con conductas del tipo de las aquí tratadas””. Compartimos plenamente lo dispuesto por la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 9-5-2014, nº 221/2014, rec. 503/2014, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2014/110053): “Estas conductas son típicas a la luz de su artículo 245.2, *no siendo factible argüir una posible inconstitucionalidad del precepto contraponiendo los artículos 33 y 47 de la Constitución Española y la función social que nuestra legislación atribuye a la propiedad*. De esta forma el legislador ha creído pertinente dar una protección adicional en el ámbito penal a los derechos inherentes al dominio (y, por ende, a la posesión como uno de ellos) sobre los bienes inmuebles por razones de política criminal. Y es que el derecho a la vivienda digna se constituye en un principio rector de la vida social y económica y no en un derecho propiamente dicho cuya tutela pueda pedirse directamente ante los Tribunales como establece el artículo 53.3 de la Constitución. Significativa al respecto resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de abril de 2010, que en resumidas cuentas viene a decir que *no puede escudarse la conducta delictiva enjuiciada en los artículos 33 y 47 de la Constitución Española invocados por la parte, porque si es evidente que el derecho a la vivienda digna es un derecho constitucional de naturaleza social, también lo es el derecho a la propiedad privada, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas*. Por lo que no es justificable la conducta de ocupación, aun pacífica, de inmuebles desocupados bajo invocación del ejercicio del llamado “derecho social a una vivienda digna” reconocido en el artículo 47 de la Constitución. En el ámbito de la jurisdicción penal debe huirse de posibilismos y, más aún, de posicionamientos ideológicos”.

a la hora de aplicarlos⁵⁴²”, consideramos que en virtud del principio de legalidad deberán aplicar el referido artículo, sin perjuicio de las facultades que el artículo 4.3 del Código Penal les otorga (exponer al Gobierno lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto, o la concesión de indulto), y ejecutar desde luego la sentencia. Pues, como afirma LARRAURI PIJOAN, “en la actividad valorativa que el Juez Penal viene obligado a realizar... debería considerar la existencia del derecho a la

⁵⁴² Vid., GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Págs., 18-19. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 13ª, S 17-5-2011, nº 256/2011, rec. 580/2010, Pte: Cremades Morant, Juan Bautista (EDJ 2011/183158): “La vivienda vacía “se protege” desde el punto de vista penal y desde el punto de vista civil, concurriendo espacios de protección superpuestos, y para el supuesto que nos ocupa: a) Penalmente, se castiga la ocupación pacífica (no violenta) de viviendas e inmuebles que no constituyen morada (vacías) en el art. 245.2º CP, introducido en el CP 1995 con evidente intención “desalentadora” del movimiento OKUPA. b) Civilmente, a través de los procesos “sumarios” interdictales (art. 250.1.4 LEC en relación con el 446 CC o del desahucio por precario (con fuerza de cosa juzgada, y por ello con plenitud de conocimiento y medios probatorios, relativo al ámbito posesorio de cuya recuperación se trata), con fundamento en el derecho a la posesión real del titular, con las consecuentes facultades de exclusión y de recuperación posesoria, derivados del CC y de la LEC (sin que pueda oponerse la posesión clandestina y sin conocimiento del poseedor real que, conforme al art. 444 CC no afectan a la posesión) o del.....para la efectividad del derecho real inscrito ex art. 250.1.7 LEC en relación con el art. 41 LEC [debe decir LH]. La Sala no puede ser insensible respecto del problema que se plantea (confrontación propiedad/vivienda digna), pero como es su función, aplica la Ley (art. 117 CE). Ciertamente conforme al art. 47 CE “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación...”, lo cual supone una declaración (un principio rector de la política social y económica) y un explícito mandato a los Poderes Públicos para hacer efectivo el derecho (con los citados deberes de “promover...” y de “regular...”, aunque no les impone el deber de proporcionar directa y físicamente la vivienda) y con la finalidad que se expone, detectándose como obstáculo a la efectividad del derecho, el fenómeno especulativo a la vez que “impone” interpretar las disposiciones en el modo y forma que sea más conducente a tal fin; pero lo que no parece nítido es el “real contenido” de ese derecho que la norma afirma, máxime cuando (a diferencia de los derechos constitucionales recogidos en el cap. 2º del tít. I, arts. 14 a 29 y 30.2 CE, con la doble protección del art. 53.2 CE) no tiene la protección constitucional, directa e inmediata, del art. 53.2 CE (es decir no es directa e inmediatamente ejercitable como verdadero derecho subjetivo, sino que precisa -art. 53.3 CE- de desarrollo legislativo), partiendo de que *el precepto impone una obligación de hacer al poder público* (crear las condiciones sociales económicas y jurídicas que hagan posible el acceso a la vivienda en función de las rentas y del derecho a la libertad de residencia y domicilio, como por ej. promover imposición de cargas públicas o impuestos a viviendas desocupadas por incumplimiento de la función social de la propiedad, es decir, “suspendida” [debe decir “supedita”] la invocación directa, al desarrollo legislativo del derecho, pues el precepto “obliga” a desarrollar una política tendente a facilitar a todos el acceso a la vivienda, y no parece existir instrumento alguno a través del cual quepa exigir a los respectivos Parlamentos, estatal o autonómicos, que se haga realidad ese desarrollo legislativo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 9.1 CE), *conjunto de prestaciones ajenas a la actividad jurisdiccional*. En fin, tampoco puede olvidarse que el art. 33 CE proclama el reconocimiento del derecho a la “propiedad privada”, delimita su contenido por las leyes ordinarias (arts. 541 y 348 y 349 CC, Ley del Suelo, etc...) y establece la expropiación por determinadas razones mediante indemnización, aunque eleva a nivel constitucional la “función social” como criterio definidor que las leyes han de adoptar para limitar el contenido de la propiedad (art. 53.1 CE), de forma que para [que] el legislador pueda, sin incurrir en inconstitucionalidad, reducir el ámbito de poder del propietario, ha de respetar su contenido esencial (la alteración de éste es presupuesto de la expropiación del 53.3 CE, y por ello, la “función social” nunca puede suprimir el “contenido esencial”, y éste es el límite de la intervención legislativa, que solo puede sobrepasar mediante indemnización/expropiación por lo que el 33 ha de ponerse en relación con el 33.1, 38 y 128 CE); máxime cuando se trata de VPO y su adjudicación está sujeta a una normativa específica, respetando rigurosamente el orden de solicitudes y la concurrencia de los requisitos para el acceso o la adjudicación”.

vivienda, no como un derecho que legitima la actuación arbitraria del particular..., [sino] como un valor que informa el ordenamiento jurídico y por tanto la práctica judicial”⁵⁴³.

Aunque la Constitución Española en el artículo 47 reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, garantizando que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias para impedir la especulación; sin embargo, estas amplias declaraciones de derechos se quedan en realidad en letra muerta, pues es sabido por todos que cada vez hay más paro, escasez de viviendas y especulación. Pero ello no puede justificar el ocupar libremente inmuebles ajenos, ya que el derecho a una vivienda digna y adecuada, y la función social que debe cumplir la propiedad no pueden conseguirse a costa del propietario, pues la función social tiene que ir ligada siempre a una determinada política social. El coste de cualquier política tiene que ser financiado necesariamente con dinero público, ya que si no se hiciera de esta manera, se estarían imponiendo cargas o gravámenes a unos determinados colectivos en beneficio exclusivo de otros supuestamente más necesitados y de los que no se recibe contraprestación alguna a cambio⁵⁴⁴.

La especial modalidad de usurpación inmobiliaria del artículo 245.2, reintroducida por el Código penal de 1995, lo fue para dar respuesta al fenómeno social de los llamados "okupas" (STS 1.318/2004, de 15 de noviembre), movimiento que, al margen de sus connotaciones ideológicas, se venía caracterizando por la ocupación de inmuebles, generalmente en grandes ciudades, que no venían siendo utilizados por sus dueños, para servirse de ellos como residencia o lugar de encuentro, con una estructura comunal que trataba de desligar propiedad de posesión, incidiendo en la función social de aquélla. Desde esta perspectiva, evidentemente no puede ser ajena la Jurisprudencia a tal consideración en cuanto nuestra Carta Magna así la configura en su artículo 33.2,

⁵⁴³ LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda>> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 23, 1984. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1984. Págs., 308-309.

⁵⁴⁴ BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 902. Dispone el artículo 47 CE: “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos*”.

con evidente paralelismo al mandato que el artículo 47 impone a los poderes públicos, en el sentido de que promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna que reconoce el propio artículo. Ahora bien, el derecho a la vivienda no se erige en nuestra Constitución como un derecho fundamental, justamente porque su efectividad incide en aspectos socioeconómicos que al tiempo giran en torno a un concepto liberal de la propiedad. Es por ello que la delimitación de su contenido, a fin de cumplir justamente su función social de lograr el acceso de todo ciudadano a una vivienda digna, debe ser fijado por las Leyes, sin que nadie pueda verse privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes. En suma, en un Estado Social y Democrático de Derecho, será el legislador quién deba fijar las condiciones de acceso a la propiedad, para que ésta cumpla su función, así como la protección que se le deba dispensar.

Dicho esto, la protección de la propiedad inmobiliaria, al margen del allanamiento de morada que aunque colateralmente la tutele en realidad ampara un interés distinto, viene dada por el delito de usurpación del artículo 245 del Código Penal. Ha sido el legislador, dentro de las facultades que constitucionalmente le corresponden, el que ha decidido penalizar la ocupación sin violencia o intimidación, precisamente para frenar el fenómeno de los ocupas. En este contexto, al amparo del principio de intervención mínima no debe admitirse una interpretación de la norma penal que la vacíe de contenido, pues de lo contrario los Tribunales se convertirían, *de facto*, en legisladores, proyectando en la labor de aplicación e interpretación de las normas no sólo funciones que no les corresponden, sino la propia consideración que cada uno tuviera de la función social de la propiedad, con quiebra de la seguridad jurídica. Con todo, si el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, y respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, es más que evidente que este tipo de conductas deben ser castigadas por imperativo del principio de legalidad. De lo contrario, cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario, podría ser objeto de usurpación sin más amparo que obligar a aquél a acudir a un proceso civil, que aunque arbitre instrumentos ágiles (interdictos, -hoy juicios verbales y sumarios-) para su pronta recuperación, provocarían una especie de efecto llamada para todos aquéllos

ciudadanos que sin recursos suficientes, estarían peregrinando de inmueble en inmueble, sirviéndose transitoriamente de los mismos pero con una vocación de permanencia respecto de tal estilo de vida, al no prevenir el ordenamiento jurídica ninguna sanción, más allá de la más que probable inejecución por insolvencia de los daños y perjuicios causados⁵⁴⁵.

No podemos sino concluir, como afirma MAZA MARTÍN, que “serán aquí, por ende, estrictas razones de política criminal, por encima de la gravedad en sí de las conductas, las que justifican la incorporación de este tipo legal en nuestro ordenamiento, dirigido a reprimir fundamentalmente las ocupaciones, subrepticias y no violentas, de locales y viviendas desocupados”⁵⁴⁶; y con PINTÓ RUIZ, que “se alude, en un orden social y hasta constitucional, a la necesidad de evitar que determinadas personas no alcancen vivienda, ni estén alojadas. La alusión es comprensible y respetable. Pero este derecho, es un derecho social, y el deber de subsanar el grave defecto, es de toda la sociedad. La justicia distributiva clama y chirría, si se pretende que tenga que soportar esta carga común "social" no la sociedad y por ella la Administración sino un o unos ciudadanos en particular. No puede cargarse sobre uno sólo, lo que es deber de todos, y por ello de la persona jurídica pública que a todos representa”⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Vid., Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2009/414265); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 31-3-2014, nº 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2014/103115); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 20-11-2013, nº 626/2013, rec. 55/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2013/298944). “La falsa creencia en la legitimidad de la ocupación, creencia que puede inspirarse en una particular interpretación del derecho social a la vivienda digna, reconocido por la Constitución (art. 47 CE). Al igual que sucede con los restantes derechos *sociales-constitucionales* no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos. Cuestión distinta, que "a priori" no se descarta, es el que los responsables se encuentren en situación de necesidad, lo cual afectaría a la admisión jurídica de su conducta, pero no al reconocimiento de un título válido para la ocupación”. QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 75-76; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 660.

⁵⁴⁶ MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963.

⁵⁴⁷ PINTÓ RUIZ, J.J.: << El fenómeno “Okupa”: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? >> en *Economist&Jurist...* *Op. cit.*, Pág., 32.

2.2.6.- SEGUNDO ELEMENTO POSITIVO DEL OBJETO MATERIAL: AJENIDAD DEL INMUEBLE, VIVIENDA, Y EDIFICIO

La ajenidad exigida explícitamente en la ocupación pacífica (art. 245.2 CP “inmueble, vivienda o edificio *ajenos*”) y violenta (art. 245.1 CP “cosa inmueble o derecho real inmobiliario de *pertenencia ajena*”), e implícitamente en la alteración de términos o lindes (art. 246 CP) y distracción del curso de las aguas (art. 247 CP) es lo que hace posible el comportamiento antijurídico; de tal manera que no constando la ajenidad como hecho probado la antijuridicidad resulta imposible y el fallo necesariamente ha de ser absolutorio⁵⁴⁸.

Al menos dos cuestiones se pueden plantear entorno a este elemento normativo del tipo. La primera se relaciona con la determinación acerca de quién puede ser autor del delito (*Vid.*, Sujeto activo), y la segunda si limita el conjunto de bienes inmuebles que quedan protegidos por este tipo⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* Op. cit., Pág., 379.

⁵⁴⁹ “El tipo puede contener... elementos de diversa naturaleza. En principio, cabe hablar de elementos *típicos descriptivos*, que exigen al juez una simple comprobación del hecho (v. gr., el “otro”...), y elementos *típicos normativos*, que implican una valoración por parte del juez (v. gr., “ajena pertenencia”...)... Los elementos descriptivos pueden ser, a su vez, objetivos y subjetivos, según se refieran a datos del mundo externo (“ocupar una cosa inmueble”...) o a procesos que discurren en el mundo anímico del sujeto activo o de otra persona (“ánimo de lucrarse”...)... Conforme a la tesis finalista, en todo tipo de injusto hay que distinguir un *aspecto objetivo* (tipo objetivo), que comprende elementos objetivos-externos (v. gr., resultado de la acción) y elementos objetivos-personales (v. gr., cualidad de funcionario público del sujeto activo), y un *aspecto subjetivo* (tipo subjetivo), que abarca el dolo o la negligencia y, en su caso, además los elementos subjetivos cuya pertenencia al tipo de injusto había admitido ya la doctrina tradicional (v. gr., “ánimo de lucro”...). En este sentido el finalismo sostiene que el dolo es, inexcusablemente, elemento subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos... La valoración que entrañan los elementos normativos del tipo puede ser de diversa naturaleza. Desde esta perspectiva se habla de: a) *Elementos del juicio cognitivo*. Implican una valoración de la concreta situación de hecho conforme a los datos y reglas que suministra la experiencia. Por ejemplo, la característica, “peligro grave”... b) *Elementos de valoración jurídica*. Remiten a criterios encontrados en otras ramas jurídicas. Por ejemplo, la característica “depósito miserable”... c) *Elementos con valoración cultural*. Presuponen una valoración conforme a criterios ético-sociales. El punto de referencia está constituido aquí no por normas jurídicas, como en el caso anterior, sino por normas culturales”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 253-260. “No hay elementos descriptivos ni normativos puros... Incluso el elemento más normativo sólo puede concretarse a partir de alguna realidad, más o menos amplia... La distinción entre lo descriptivo y lo normativo alude más a los extremos de una graduación continua de concreción que a la existencia de dos categorías cualitativamente distintas. Ello no impide que en esta escala, la seguridad jurídica aconseje moverse, en la medida de lo posible, hacia el extremo de lo descriptivo”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 127-128.

A) Ajenidad a efectos penales

Afirma FERNÁNDEZ APARICIO que no es ajena “la cosa propia o la que es susceptible de ocuparse”. A *sensu contrario*, ha de entenderse por ajeno lo que no es propio. No podemos admitir el considerar un inmueble como *res nullius* y por tanto como “no ajeno” y “susceptible de ocupación”, pues, en tales supuestos sería el Estado *ope legis e ipso iure* el titular del inmueble⁵⁵⁰.

Según PAGLIARO un bien será ajeno a efectos penales en función del derecho que se vea afectado por la conducta del agente, ya que sobre el mismo bien puede haber una pluralidad de derechos reales; así, un bien puede pertenecer a una persona y su uso y disfrute a otra, lo que haría que cada uno de los titulares de estos derechos tuviese, con respecto a la esfera de actuación del otro, una relación jurídica de ajenidad; en consecuencia, será ajena, a efectos penales, “cualquier cosa sobre la cual exista un derecho de otro, que en la situación concreta aparezca con un mayor relieve social respecto a un derecho expectante del autor del delito”⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317. Rechazamos aquellas posturas (*vid.*, por todos, FERNÁNDEZ APARICIO), que sostienen que la *res nullius* o la *res derelictae* pueden ser legítimamente adquiridas mediante la ocupación (entiéndase por tal la ocupación civil, arts. 609 y ss. del CC). En el primer supuesto porque no existen los bienes inmuebles abandonados, y en el segundo supuesto porque es difícilmente concebible perder un bien inmueble. Así, dice ALBALADEJO: “De modo que si, a falta de otro dueño, los inmuebles pasan a pertenecer al Estado, nunca carecen de propietario, así que nunca son ocupables... Sustraer los inmuebles a la ocupación se hace (obviamente), no por sustraerlos, sino que es consecuencia de atribuir al Estado los que no tenían otro dueño... Con lo que entonces (y como *efecto*, y no como *fin* perseguido), se les ha sustraído a la ocupación, que, por tanto, sólo puede operar sobre muebles”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes... Op. cit.*, Pág., 308. “Los inmuebles que sean *res nullius* adquiere el Estado su propiedad, no por ocupación, sino automáticamente, *ipso iure, ex lege* (por lo cual una cosa inmueble nunca carece de propietario, nunca llega a ser *res nullius*). Un particular, en consecuencia, nunca los podrá adquirir por *ocupación*, pero los puede poseer y llegar a adquirir por *usucapión*”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario... Op. cit.*, Pág., 98. “Los bienes inmuebles en ningún caso pueden considerarse *nullius*; en consecuencia los bienes inmuebles abandonados sí tendrían el carácter de ajenos para los ocupantes, no sólo porque no les pertenecen, sino porque además pertenecen al Estado... Si esa atribución [del inmueble al Estado] tiene origen legal, esto es, de forma automática, el bien inmueble deberá ser siempre considerado como ajeno frente al tercero que lo ocupa”. LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda>> en *Cuadernos de Política Criminal... Op. cit.*, Pág., 307. Esa atribución al Estado de los inmuebles vacantes se produce *ope legis, e ipso iure*. Así se dispone en la LPAP: Artículo 17.- Inmuebles vacantes: “1.- *Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño. 2.- La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado*”.

⁵⁵¹ PAGLIARO, A.: << L’altruità della cosa nei delitti contro il patrimonio >> en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1965. Pág., 710 y ss; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales... Op. cit.*, Págs., 89-90.

Cuando la ley penal menciona la ajenidad de la cosa, no intenta referirse de modo necesario a la propiedad en el sentido civil, sino que a lo que se refiere es a que la titularidad del derecho real usurpado pertenezca a otro y que este derecho real sea de mayor relevancia jurídica respecto del que eventualmente pueda ostentar el autor; por lo tanto, a la hora de determinar el concepto de ajenidad, habrá que ponderar los posibles derechos reales en conflicto para determinar la relación jurídica de que se trate y verificar, de esta forma, si existe realmente ajenidad. Por lo tanto, habrá que acudir a las normas del Derecho civil para determinar en cada caso, si el derecho que ostenta el agente sobre el inmueble le permite considerar la cosa como no ajena⁵⁵².

⁵⁵² NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 90. El Profesor SANTA CECILIA, en relación al delito de daños (y plenamente aplicable a la usurpación), considera que la ajenidad de la cosa constituye un elemento normativo que precisa de una valoración por el órgano jurisdiccional al no estar determinado empíricamente; debiendo determinarse la pertenencia de la cosa (en nuestro supuesto inmueble, vivienda o edificio) y eventuales problemas que se puedan plantear al respecto, conforme a la normativa civil. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)...* Op. cit., Págs. 277-278. La determinación de cuándo el inmueble es ajeno se hará, pues, de acuerdo con las normas civiles. “La ajenidad ha de determinarse conforme a las leyes civiles”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... Op. cit., Pág., 476. “La ajenidad se determinará conforme a la legislación civil”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 909. “Ajeno es... todo aquello sobre lo que no se tiene derecho alguno. Es ajena, para el que posee a título de usufructo, la cosa usufructuada en cuanto que no es propietario de la misma; pero le es propio el derecho de usufructo. A *sensu contrario*, la cosa es propia de aquel que tiene sobre la misma el derecho real de propiedad, pero le es ajeno cualquier otro derecho real limitativo que sobre ella se estableciere. De donde se infiere que el término “ajena” no equivale a “propiedad de otro”, sino que ha de interpretarse en forma negativa, como equivalente a cosa que no es propia”. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* Op. cit., Pág., 85. “En relación con el concepto de “ajenidad” de la cosa inmueble, deben aplicarse los mismos principios que en el resto de delitos patrimoniales, fundamentalmente los de hurto y robo”. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 991. “[En el delito de hurto] las cosas tienen que ser ajenas, por lo que si se toma una cosa propia la figura aplicable es la del “furtum possessionis” (CP art. 236). Por tanto en el hurto del CP art. 234, cualquiera puede ser sujeto activo menos el dueño de la cosa, que, a lo sumo, podrá cometer el delito de hurto en cosa propia”. LLOBET ANGLÍ, M.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 1ª.- Hurto >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 945. “Así, por ejemplo, a nuestro juicio, el usufructuario que desaloja a un ocupante clandestino por la fuerza podrá, eventualmente, ser sancionado como autor de un delito de coacciones, pero difícilmente como usurpador, ya que el uso y disfrute de la cosa no le es ajeno”. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 90.

El carácter de ajeno se predica del inmueble, vivienda o edificio por lo que como expusimos al hablar del sujeto activo, para el propietario no podrá nunca serlo, aunque existan otros derechos reales limitados sobre los mismos.

Más problemático resulta determinar el requisito de la ajenidad en los supuestos de copropiedad (v. gr., en el supuesto de que un copropietario ocupe el inmueble contra la voluntad del resto). Aunque teóricamente puede distinguirse según se trate de condominios proindiviso, o propiedad dividida en partes; ha de concluirse que en tales casos el bien, *ni es propio en su totalidad, ni es ajeno en exclusiva*⁵⁵³.

⁵⁵³ BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 14. “La propiedad de la cosa puede pertenecer a los condueños de diversas formas: 1º.- Cada uno tiene una parte, no concreta..., sino ideal, alícuota, de la cosa. Por ejemplo, la finca X es (*toda* ella en su integridad) de A, B, y C, por terceras partes. De manera, pues, que cada uno puede operar separadamente de los otros con su derecho al tercio (por ejemplo, venderlo, transmitirlo a sus herederos si muere, tomar la tercera parte de la cosecha que la finca produzca, o la tercera parte del precio, si la finca se vende, etc.), salvo que el recaer sobre la misma cosa, obliga a obrar en común en una serie de cuestiones no desdoblables en tres porciones. 2º.- La cosa es íntegramente de todos. Les pertenece colectivamente (a cada uno juntamente con los demás) como grupo, que, sin embargo, no constituye una persona jurídica distinta de sus componentes. De forma que no hay fijación de una cuota de participación para cada uno. Aunque evidentemente cuando todos concurren, esta concurrencia limita la utilidad que singularmente, en cuanto miembro del grupo, puede la cosa proporcionar a cada uno. No habiendo atribución de cuotas en principio, no es posible pedir la división (puesto que no se tiene derecho a tal o cual participación, sino a *la cosa entera*, pero *juntamente* con los otros condueños), ni enajenar aquella... (Otra cuestión sería disponer de la cosa entera por acuerdo de todos, o, mediante este acuerdo, de una porción de la misma, por ejemplo, un tercio, que no es la porción de un condueño, sino un tercio del dominio de todos). 3º.- El poder pleno que la propiedad es corresponde a varios, que, entre todos, tienen el conjunto de facultades que aquél encierra. Pero estas facultades están repartidas entre los condueños, no homogéneamente (así, por terceras partes iguales, pongo por caso), sino correspondiendo a cada uno unas diferentes. Por ejemplo, A tiene la de cultivar la tierra y aprovechar los pastos, B la de obtener los frutos del arbolado, y C hace suya la leña y madera de talas. O bien la finca es de A y de B, de aquél para recreo y deporte, de éste para cultivo y explotación. Ahora bien, todo ello de tal forma que no se pueda decir que la cosa es de uno, y los demás tienen derechos reales en cosa ajena, sino que es de todos, de cada uno en su aspecto. Los tres tipos de copropiedad señalados, se llaman: la primera propiedad por cuotas o copropiedad romana (*condominium iuris romani*), por tener su origen en el Derecho romano; la segunda propiedad en mano común o propiedad colectiva o copropiedad germánica (*condominium iuris germanici*), por tenerlo en el Derecho germánico; la tercera propiedad dividida, porque el contenido del derecho se divide entre los condueños. También las dos primeras (aunque más usualmente se utilice la denominación para la primera), se denominan copropiedades *pro indiviso*, frente a la última, que es copropiedad *pro diviso* (por la división interna de las facultades del dominio). Se trata de tres prototipos posibles, que (independientemente de que puedan caber otros) han admitido Ordenamientos históricos o vigentes... Nuestro Código en general sólo regula la copropiedad por cuotas (arts. 392 y ss.). Sin embargo, las otras son también admisibles, hablando en general, y están admitidas en casos particulares bien por el Derecho común o los forales, bien por la jurisprudencia. Tanto ésta... como la doctrina, creen posible en nuestro Derecho, la propiedad dividida; y en cuanto a la propiedad germánica, consideran casos de ella (aunque no indiscutidos todos) algunas figuras reguladas por la ley: así la sociedad de gananciales, ciertas sociedades de Derecho foral... la comunidad hereditaria, el patrimonio de las asociaciones sin personalidad, etcétera. Y aparte de esos casos estimados por la jurisprudencia, hay algún otro que la propia ley directamente constituye como de copropiedad en mano común (o germánica), llamándolo así además. Es el caso de copropiedad de los montes vecinales en mano común que regula la Ley de 11 de noviembre de montes vecinales en mano común”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes... Op. cit.* Págs., 367-369. “La *comunidad romana* implica una cotitularidad (varios sujetos sobre el mismo objeto) en que no tiene cada titular una parte

Hemos de concluir que no siendo ajeno el inmueble al copropietario no puede ser sujeto activo del delito de usurpación, toda vez que el tipo penal, como dice la Jurisprudencia, exige la ajenidad. Si bien, la turbación de la posesión legítima por parte del copropietario sobre el resto de copropietarios no sería atípica sino que podría dar lugar al delito de coacciones (art. 172 CP), o al de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP).

B) Bienes inmuebles: objetos idóneos de usurpación

Los bienes inmuebles siempre serán objetos idóneos de usurpación pues siempre pertenecen a alguien, incluso los mostrencos (bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido), que pertenecen, *ope legis e ipso iure*, como bienes patrimoniales a la Administración General del Estado (arts. 16 y 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas)⁵⁵⁴.

concreta de la cosa o derecho, sino que todos tienen la cotitularidad sobre toda la cosa *pro indiviso*, es decir, cada *cotitular tiene una cuota o parte alícuota de la cosa o derecho*: dicha cuota es *disponible y renunciante*, puede, en todo momento, *pedir la división física de la cosa o derecho (actio communi dividundo)*. Esta comunidad, única posible en el Derecho romano, responde a la concepción individualista de éste... *La comunidad germánica, zur gesamten Hand*, en mano común significa que la cosa es íntegramente de todos los comuneros: éstos tienen *conjuntamente* la titularidad de la misma cosa o derecho: en consecuencia, *no hay división de cuotas* de las que cada uno pueda disponer (si bien sí hay una participación abstracta con efectos en el momento de la división, *Quotenteilung*) *ni puede un comunero exigir la división* de la cosa o derecho; por el contrario, la disposición de la cosa o la división de la misma debe hacerse conjuntamente por todos los comuneros. Esta clase de comunidad, típica del derecho germánico, responde a la concepción comunitaria de este Derecho... Se llama comunidad *pro diviso* o comunidad dividida a situaciones en las que se produce una distribución (verdadera división) de las facultades del dominio, aunque esta división puede hacerse de diversas formas, que dan lugar a subtipos de copropiedad *pro diviso*. a) *División jurídica*. Los copropietarios son titulares del derecho de propiedad al mismo tiempo, sobre toda la cosa y con distintas facultades jurídicas. El caso más claro en el Código civil es el de la enfiteusis (aunque no todos los autores están conformes en que la enfiteusis sea un dominio dividido)... b) *División temporal*. Se distribuyen entre los copropietarios las facultades materiales sobre la misma cosa. Todas ellas tienen el derecho de propiedad sobre la cosa, normalmente una finca rústica, pero el uso y disfrute (el aprovechamiento) se divide... c) *División temporal*. La cosa (normalmente fincas urbanas) es propiedad de varios sujetos copropietarios y, entre ellos, se distribuyen (dividen) el aprovechamiento íntegro de la cosa por períodos de tiempo... Es la llamada *multipropiedad*". O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario...* Op. cit., Págs., 147-148.

⁵⁵⁴ Disponen así los artículos 16 y 17 de la LPAP: Artículo 16.- Carácter patrimonial de los bienes adquiridos: "Salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público". El segundo de ellos: Artículo 17.- Inmuebles vacantes: "1.- Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño. 2.- La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la

Así, afirma BARBER BURUSCO que “resulta dudoso que ante la ocupación de un inmueble efectivamente abandonado, ya porque se encuentre vacante o porque no tenga dueño conocido, pueda afirmarse contundentemente que no se da el requisito de ajenidad, y de esta manera excluir la tipicidad”⁵⁵⁵.

C) Ajenidad como cuestión prejudicial

Para que una ocupación sea punible es preciso que la ajenidad del inmueble, vivienda o edificio quede determinada de manera clara y rotunda durante el proceso, como cuestión prejudicial, porque la mera duda excluye la responsabilidad criminal, al menos por usurpación, sin perjuicio de la que pueda exigirse por coacciones o realización arbitraria del propio derecho⁵⁵⁶.

*Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d del artículo 47 de esta Ley. 3.- La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero. 4.- Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil”. En contra de este criterio MAZA MARTÍN vincula la ajenidad con el abandono, y así establece que “el requisito de la “ajenidad” de la cosa requiere, además, que ésta no se halle completamente abandonada”. MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963.*

⁵⁵⁵ BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 15. “Problemático resultaría el supuesto de la cosa perdida aunque no abandonada, si bien en la práctica resulta difícilmente concebible perder un bien inmueble”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 25.

⁵⁵⁶ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 206; CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*... *Op. cit.*, Pág., 252. Las cuestiones prejudiciales se encuentran reguladas en el Capítulo II, del Título I, del Libro I de la LECrim, que integra los artículos 3 a 7. Disponen así estos artículos, Artículo 3: “Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación”. Artículo 4: “Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal”. Artículo 5: “No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo Criminal”. Artículo 6:

El artículo 245.2 del Código Penal requiere como presupuesto inexcusable que el objeto de la acción típica sea un bien inmueble ajeno al sujeto activo (“un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada”), lo que exige la determinación del titular o titulares de dicho objeto a los efectos de decidir sobre la tipicidad de los hechos desde la perspectiva de aquella figura delictiva. La resolución de la cuestión prejudicial civil relativa a la titularidad de las fincas puede efectuarse en el propio proceso penal, de conformidad con lo previsto en el art. 6 LECrim., cuando dicha titularidad pueda ser deducida de un “título auténtico o de actos indubitados de posesión”, y en este sentido debe resaltarse que diversas sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo se han ocupado de la cuestión relativa a la posición que debe adoptar el tribunal penal cuando la tipicidad de la conducta sometida a su enjuiciamiento requiere un pronunciamiento sobre una materia que, en principio, corresponde a un orden jurisdiccional distinto al penal, es decir, cuando concurre el supuesto previsto en el art. 3 LECrim., que extiende la competencia de los tribunales encargados de la justicia penal, para el solo efecto de la represión, a las cuestiones civiles y administrativas que aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. En general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por considerar que el art. 4 LECrim., (relativo a las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquéllas por el órgano jurisdiccional competente) habría sido derogado por el art. 10.1 LOPJ., según el cual los órganos de cada orden jurisdiccional pueden, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no les estén atribuidos privativamente⁵⁵⁷.

“Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo Criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión”. Artículo 7: “El Tribunal de lo Criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores, deba resolver”.

⁵⁵⁷ Vid., RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Secundariedad del Derecho Penal Económico*. Ed. Colex. Biblioteca Jurídica de Bolsillo, Nº 47. Madrid, 2001. Dispone el Artículo 10 LOPJ: “1.- A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2.- No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca”.

En consecuencia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente a favor de la resolución por los tribunales penales de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento penal en curso para que previamente decida un juez de otro orden jurisdiccional sobre la cuestión de naturaleza civil o administrativa (efecto devolutivo), toda vez que el art. 3.1 LOPJ dispone que *“la Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”*; y, como consecuencia del principio de unidad de jurisdicción, que no permite hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la jurisdicción única entre diversos órdenes jurisdiccionales⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 24-7-2001, nº 1490/2001, rec. 3204/1999, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2001/32015): “Ahora bien la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10º de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica LECrim. Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4º de la LECrim impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo (y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado) dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal. El análisis de la práctica jurisdiccional penal y de la propia jurisprudencia de esta Sala revela el efectivo respeto del principio contenido en el art. 10.1º de la LOPJ en detrimento de lo anteriormente establecido por el art. 4º de la LECrim, atendiendo a la generalizada inadmisión en la práctica de las cuestiones prejudiciales pretendidamente devolutivas. (Ver, entre la jurisprudencia reciente, la sentencia de 22 de marzo de 2001, caso "escuchas del Cesid" EDJ 2001/1409, la sentencia de 28 de marzo de 2001, caso "Urralburu" EDJ 2001/1439, la sentencia 1688/2000, de 6 de noviembre EDJ 2000/32433, sobre delito fiscal, la sentencia 1772/2000 de 14 de noviembre EDJ 2000/38878, sobre delito de prevaricación, en un supuesto en el que se pretendía plantear cuestión prejudicial devolutiva a resolver por los Tribunales de lo Contencioso-administrativo sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo integrador de la prevaricación, la sentencia 1274/2000, de 10 de julio EDJ 2000/15651, en un delito de apropiación indebida, en el que se pretendía plantear una cuestión prejudicial devolutiva civil sobre la naturaleza del título o contrato en virtud del cual se había recibido la mercancía objeto de apropiación, etc.)... No es óbice para la desestimación de este motivo casacional la alegación de la citada doctrina del Tribunal Constitucional, que no resulta aplicable al caso enjuiciado. Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que esta doctrina se establece en supuestos específicos planteados en condenas por delitos de intrusismo, tipo delictivo al que el Tribunal Constitucional ha dedicado una especial atención y en el que es ya tradicional su posición extremadamente restrictiva. Constituye, en realidad, el tipo delictivo cuyas condenas han provocado con mayor frecuencia la estimación de recursos de amparo, bien apreciando vulneración del principio de legalidad penal..., en supuestos de condenas por intrusismo en profesiones que no exigen título "académico"; bien extendiendo para estos tipos delictivos el recurso extraordinario de revisión penal a supuestos de aplicación retroactiva de la doctrina jurisprudencial, calificada como "hecho nuevo" (Sentencia 150/1997); bien excluyendo del concepto de "título académico" aquellos que exijan estudios académicos pero no hayan sido expedidos por una Autoridad académica (Sentencias

El art. 10.1 de la citada LOPJ establece el principio general de que a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente, con la excepción, prevista en el párrafo segundo de dicho precepto, de la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, la cual determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. Este criterio general contrario a las cuestiones prejudiciales devolutivas viene también avalado por el reconocimiento en el art. 24.2 de la CE de 1978 del

130/97, 219/97, 142/99, o 174/2000), o bien, como sucede en los casos citados por el recurrente, estimando los recursos de amparo interpuestos contra sentencias condenatorias por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, (SSTC 30/96, 50/96, 91/96, 102/96 y 255/2000), al apreciar contradicción entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa sobre la validez del título empleado para el ejercicio de la profesión. Pues bien el caso ahora enjuiciado constituye un supuesto muy distinto, de delito de estafa, en el que no concurren las circunstancias específicas que fundamentan la doctrina expresada en las sentencias invocadas por el recurrente, doctrina que no se puede generalizar. En segundo lugar ha de tenerse en cuenta que la valoración de los efectos derogatorios del art. 10 de la LOPJ sobre la regulación de las cuestiones prejudiciales en la LECrim constituye, en principio, una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria, que no ha sido analizada de modo expreso y generalizado por el Tribunal Constitucional...Y, en tercer lugar, ha de tenerse en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha matizado y limitado con posterioridad dicha doctrina al desestimar recursos de amparo fundamentados en ella pero interpuestos en supuestos ajenos al delito de intrusismo. Así sucede, por ejemplo en la Sentencia 278/2000, de 27 de noviembre, que desestima el recurso de amparo interpuesto contra una condena por delitos de estafa y falso testimonio, fundado en la supuesta obligatoriedad del planteamiento previo de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil, de la que dependía la concurrencia de un elemento básico del tipo delictivo de estafa. En esta resolución se destaca acertadamente que "normalmente carece de relevancia constitucional la posibilidad de que puedan producirse resultados contradictorios entre órganos judiciales de distintos órdenes, cuando la contradicción es consecuencia de los distintos criterios informadores del reparto de competencia que ha llevado a cabo el legislador". Añadiendo el Tribunal Constitucional, con carácter general, que "en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente". Es decir que el propio Tribunal Constitucional admite: a) Que no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial. b) Que corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones. c) Que a lo que está obligado el Tribunal penal es a respetar el pronunciamiento previo del orden jurisdiccional genuinamente competente, cuando la cuestión ya esté resuelta por éste. Concluyendo el Tribunal Constitucional en dicha resolución (STC 278/2000, de 27 de noviembre, fundamento jurídico séptimo, "in fine") que cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española".

derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de deferirlas a un nuevo y dilatorio proceso (con todas sus posibles instancias) ante otro orden jurisdiccional⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-10-2001, nº 2059/2001, rec. 4601/1999, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2001/44081); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 14-11-2000, nº 1772/2000, rec. 632/1999, Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDJ 2000/38878). En el mismo sentido, y en relación a la ocupación pacífica de bienes inmuebles, se pronuncia la Jurisprudencia *menor*. Así, la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, A 28-5-2009, nº 171/2009, rec. 144/2009, Pte: Gómez Santana, Eloísa (EDJ 2009/152015) establece: "Comparte la Sala el razonamiento que contiene la resolución impugnada que por aplicación de lo dispuesto en el art. 10.1 de la LOPJ y 3 y 6 de la LECrim., considera que permite al juez de lo penal competente para el enjuiciamiento de la causa, determinar a los solos efectos penales la titularidad de la parte de la finca Molino de Aguas Blancas sita en Viver, sin perjuicio de lo que resulte en la vía civil. En apoyo de su argumentación cita la juez de instancia las sentencias del T.S. 1570/2002 de 27 de septiembre de 2002, y la de 29 de octubre de 2001 cuando dice: "la regla contenida en el párrafo 1 del art. 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4 de la denominada Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado artículo 4 de la LECrim. impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal. También se afirma que ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4 del mismo texto procesal (la LECrim.). Una posición se inclina por la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquellas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la LECrim. supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional". A los argumentos y jurisprudencia citados por el juez instructor cabe añadir que: "el Tribunal Constitucional ha sostenido la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva" (SSTC 24/84, 62/84, 71/94), "como vía para permitir el conocimiento en su integridad de asuntos complejos (en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos) por un solo orden jurisdiccional, cuando el conocimiento de estas cuestiones resulta instrumental para resolver sobre la pretensión concretamente ejercitada, y a los solos efectos del propio proceso" (STC 71/94). En esta misma línea cabe traer a colación la sentencia de la Sala 2ª del T. Supremo de 21 de junio de 2006 (núm. 670/2006, rec. 921/2005), en cuanto recuerda el criterio elaborado por esta misma Sala y que se contiene en la reciente sentencia 363/2006, de 28 de marzo, que se remite a las sentencias 3/7/2001 y 27/9/2002"; doctrina recogida en la resolución impugnada y que puede resumirse: "Que el art. 10 de la LOPJ. 1º, que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado diferir a otro orden jurisdiccional, y que tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una

2.2.7.- ¿SE APLICA A BIENES INMUEBLES QUE PERTENECEN AL ESTADO COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO O PATRIMONIAL?

Partiendo de la idea de que los bienes inmuebles siempre serán objetos idóneos de usurpación, pues, siempre pertenecen a alguien (incluso los mostrencos -bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido-, que pertenecen como bienes patrimoniales a la Administración General del Estado, -arts. 16 y 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas-), se plantea la cuestión (al margen de la ajenidad, que siempre se da) de si los bienes patrimoniales y los demaniales, por sus características y régimen exorbitante, pueden ser objeto material del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles⁵⁶⁰.

naturaleza penal y condiciona de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. Que la regla contenida en el citado precepto no se encuentra limitada por excepción alguna cuando se refiere a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior, y de rango superior, ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 6º de la LECrim. Que la propia Jurisprudencia del T. Supremo reveló el efectivo respeto del principio contenido en el art. 10,1º de la LOPJ., en detrimento de lo establecido por el art. 6º de LECrim (T.S. sentencias de 22-3-2001, 28-3-2001, 6 de noviembre de 2000, 14 de noviembre de 2000””. Postulando un criterio contrario a las cuestiones prejudiciales devolutivas, *Vid.*: Audiencia Provincial de Soria, sec. 1ª, A 1-9-2003, nº 178/2003, rec. 102/2003, Pte: García Moreno, José Miguel (EDJ 2003/207066); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, A 16-4-2010, nº 153/2010, rec. 130/2010, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2010/112099); Audiencia Provincial de Segovia, sec. 1ª, A 17-5-2007, nº 62/2007, rec. 61/2007, Pte: García Moreno, José Miguel (EDJ 2007/164674); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, A 1-9-2008, nº 195/2008, rec. 32/2008, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2008/208322).

⁵⁶⁰ “Los bienes inmuebles en ningún caso pueden considerarse *nullius*; en consecuencia los bienes inmuebles abandonados sí tendrían el carácter de ajenos para los ocupantes, no sólo porque no les pertenecen, sino porque además pertenecen al Estado... Si esa atribución [del inmueble al Estado] tiene origen legal, esto es, de forma automática, el bien inmueble deberá ser siempre considerado como ajeno frente al tercero que lo ocupa”. LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda>> en *Cuadernos de Política Criminal... Op. cit.*, Pág., 307. Esa atribución al Estado de los inmuebles vacantes se produce *ope legis*, e *ipso iure*. Así se dispone en la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas: Artículo 17.- Inmuebles vacantes: “1.- *Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño.* 2.- *La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado*”. ZULUETA no ve inconveniente alguno en la okupación de inmuebles públicos, al afirmar: “Por lo que respecta a las okupaciones pacíficas, temporales y simbólicas de determinados inmuebles (públicos o privados), éstas deben ser entendidas como formas de protesta para llamar la atención de determinadas reivindicaciones sociales, y se trata de ejercicio de derechos fundamentales amparados por la CE. Aquí nos referimos a las okupaciones de fábricas por los obreros, de ayuntamientos por los vecinos, etc.”. ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar... Op. cit.*, Pág., 53.

Por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales, y de dominio privado o patrimoniales (art. 4 LPAP)⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Así el Tribunal Constitucional Pleno, S 15-7-1998, nº 166/1998, BOE 197/1998, de 18 de agosto de 1998, rec. 2776/1990, Pte: González Campos, Julio Diego (EDJ 1998/10024): “Es obligado reconocer, en contrapartida, que no existe una ordenación jurídica unitaria de los bienes de los que son titulares los Entes públicos. Pues en atención a lo dispuesto en el art. 132.1 CE y en los arts. 338 a 345 del CC cabe apreciar, en efecto, que existen dos grandes categorías de bienes, los demaniales y los patrimoniales, cada una de ellas, sometida a un régimen jurídico propio aunque exista una común intervención administrativa en orden a su gestión y protección”. “En un sentido técnico-jurídico, dentro de la categoría genérica del Patrimonio de las Administraciones públicas, comprensiva de todas las propiedades de los entes públicos, es preciso distinguir las siguientes modalidades básicas: A) Los bienes de dominio público, demaniales o dominicales. Constituyen el prototipo de propiedad pública. Estos bienes están caracterizados por su “afectación” o destino al uso general o a un servicio público; y dicha afectación es la que determina que queden fuera del comercio jurídico privado, inspirándose su régimen jurídico en los siguientes tres principios: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. B) Los bienes constitutivos del Patrimonio privado de la Administración o patrimoniales. Son los bienes patrimoniales en sentido estricto, esto es, aquellas propiedades administrativas que no tienen el carácter de demaniales por afectación o por disposición legal, así como aquéllas que por su propia naturaleza no admiten la calificación como tales, supuesto de los derechos de arrendamiento, las acciones y participaciones en sociedades mercantiles y otros valores. La noción de estos bienes se delimita, consecuentemente, de forma negativa, esto es, a partir de la exclusión de aquellas propiedades administrativas demaniales. De igual modo, por razones puramente organizativas de agilidad en su gestión, de la noción quedan excluidos los recursos obtenidos por la Administración pública mediante el ejercicio de la potestad tributaria: el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de la Hacienda pública, que engloba el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico. Debe ponderarse, además, que, por la concurrencia de circunstancias de distinta naturaleza, el ordenamiento jurídico ha constituido lo que se denomina “Patrimonios independientes o separados”. Los mismos, por su afectación *ex lege* a una concreta finalidad, quedan también excluidos del ámbito de los bienes patrimoniales y se rigen, en cada caso, por un régimen jurídico específico. En este orden de ideas debe destacarse tanto, por su finalidad, el Patrimonio de la Seguridad Social como, en el ámbito urbanístico, los Patrimonios Municipales de Suelo o, por la singularidad de su función, el Patrimonio de las Universidades. C) El Patrimonio Nacional. Constituye lo que en la terminología tradicional se denominaba el “Patrimonio Real”. Actualmente está conformado por el conjunto de bienes y derechos, de titularidad estatal, vinculados en favor de la Corona para el desempeño de su función representativa. Debe, pues, distinguirse nítidamente el Patrimonio Nacional tanto del patrimonio privado del Monarca, en cuanto persona física, como de la asignación que para la Casa Real establecen anualmente los Presupuestos Generales del Estado. D) Los bienes comunales. Son, en puridad, bienes de dominio público, cuya especialidad viene determinada por la concurrencia de dos notas características: su titularidad es de los Municipios o de las Entidades locales menores y su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos. En consecuencia, pueden definirse como los bienes que son de titularidad municipal y aprovechamiento comunal, en un régimen de comunidad germánica o en mano común, sin que pueda señalarse la existencia de cuotas o partes entre los vecinos”. ARÉVALO GUTIÉRREZ, A.: << Tema 3.- Patrimonio de las Administraciones públicas. Bienes públicos. Teoría general >> en *Derecho Administrativo III*. ALONSO TIMÓN, A.J., ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., BARRIO ANDRÉS, M., [ET AL.]. Ed. Dykinson, 2ª edición. Madrid, 2013. Págs., 113-115. “No obstante la *summa divisio* que consagra el Código entre bienes demaniales y patrimoniales no se corresponde con una tajante diferenciación de sus respectivos regímenes jurídicos (pese a lo que parece desprenderse del propio Código), especialmente en relación a las facultades y prerrogativas dirigidas a su defensa y protección en materia de declaración y reivindicación posesoria”. CARRILLO DONAIRE, J.A.: << Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La intervención. El deslinde >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.). Ed. Thomson Civitas. 1ª edición. Madrid, 2004. Pág., 332. “De forma progresiva, se aprecia la existencia de un régimen jurídico básico común a todos los bienes públicos, sea cual fuere su clase o tipo genérico: una serie de reglas comunes, aplicables a todas las modalidades de bienes públicos. Dicho régimen jurídico básico comprende tanto las potestades de disposición como, especialmente, las potestades de tutela o protección que las Administraciones titulares de cada clase de bienes ostentan sobre los mismos. Y su contenido prescriptivo se articula a partir de lo que originariamente constituía el

Para la defensa de su patrimonio, las Administraciones públicas tendrán las siguientes facultades y prerrogativas (art. 41.1 LPAP):

- Investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio.
- Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad.
- Recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos.
- Desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia⁵⁶².

régimen jurídico específico de los bienes de dominio público, consecuencia del fenómeno de atracción en favor del régimen jurídico demanial, generalizado para todos los bienes públicos. La consecuencia de cuanto acaba de exponerse es que, *hic et nunc*, afirmar que un bien es demanial o patrimonial no nos delimita su régimen jurídico: de un lado, dentro de cada una de esas dos categorías no se da una uniformidad de régimen jurídico; y, de otro, la *vis atractiva* del régimen demanial se ha proyectado sobre los bienes patrimoniales, que ya no se rigen por las prescripciones del Código Civil". ARÉVALO GUTIÉRREZ, A.: << Tema 3.- Patrimonio de las Administraciones públicas. Bienes públicos. Teoría general >> en *Derecho Administrativo III... Op. cit.*, Págs., 116-117. "El Derecho de las propiedades públicas está marcado, más que por cualquier otra característica, por el lugar preeminente que en él ocupa el régimen específico de los bienes de dominio público. Esta circunstancia ha propiciado tradicionalmente un efecto expansivo del régimen demanial sobre las demás formas de propiedad pública que se hace especialmente evidente en el estudio de las facultades y prerrogativas dirigidas a la defensa de los patrimonios públicos. Debido a ese efecto de contagio, el régimen de los bienes patrimoniales de la Administración, de su patrimonio "privado", ha incluido ciertos elementos de fondo desgajados del régimen propio del dominio público; en especial, potestades y prerrogativas de autotutela declarativa y defensiva de innegable naturaleza jurídico pública y de competencia contencioso-administrativa". CARRILLO DONAIRE, J.A.: << Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La intervención. El deslinde >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 323.

⁵⁶² "La tendencia apuntada [progresiva difusión de un régimen exorbitante sobre bienes y derechos no pertenecientes al dominio público]... ha sido claramente refrendada por la LPAP... que predica de forma conjunta y genérica el ejercicio de las facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos tanto en relación con los bienes y derechos de naturaleza demanial como patrimonial. En efecto, la doble condición pública de los bienes patrimoniales, en razón del sujeto al que pertenecen y de los fines a los que de forma directa o indirecta sirven, determina que estos bienes "privados" de la Administración no se sometan *prima facie* al régimen ordinario o civilístico de la propiedad, sin perjuicio de la aplicación supletoria de este régimen. En primer lugar porque algunos bienes formalmente calificados de patrimoniales tienen un régimen de fondo muy cercano al de los bienes demaniales... De otro lado, porque todos los bienes patrimoniales gozan de algunas de las prerrogativas típicas del dominio público (como prueban, entre otros aspectos... la recuperación posesoria de oficio o *interdictum proprium*...). A lo que cabría añadir que el Tribunal Constitucional tampoco ha encontrado problemático admitir que ciertos bienes patrimoniales pueden estar afectos al uso y servicio público y servir, así, finalidades típicas de los bienes demaniales". CARRILLO DONAIRE, J.A.: << Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La intervención. El deslinde >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 324-325. "El régimen jurídico de los bienes demaniales se ha caracterizado por una serie de notas (proclamadas por el art. 132.1 CE) que le han deparado una protección exorbitante respecto de la que ofrece el Derecho común para los bienes patrimoniales, con la finalidad de que tal protección salvaguarde los fines de

utilidad pública que les son propios. Empero, en la actualidad la mayor parte de estas reglas integran el régimen jurídico básico o común de los bienes públicos, no exclusivo de los bienes demaniales; es decir, en medida creciente se aplican estas técnicas de protección a los bienes patrimoniales, en unos casos de forma total y en otros parcialmente”. ARÉVALO GUTIÉRREZ, A.: << Tema 3.- Patrimonio de las Administraciones públicas. Bienes públicos. Teoría general >> en *Derecho Administrativo III... Op. cit.*, Págs., 138. “Como resultado de... la tendencia a la expansión del régimen exorbitante sobre todas las propiedades de la Administración, podemos reconocer la existencia de un conjunto de reglas de Derecho Administrativo que son aplicables a la generalidad de bienes de las Administraciones Públicas... con independencia de su carácter demanial o patrimonial... Ese conjunto de reglas se refieren fundamentalmente a la regulación de los órganos competentes para la gestión de los bienes y derechos, su identificación y control a través de registros o inventarios, así como ciertos aspectos competenciales y procedimentales relativos a la adquisición, gravamen y transmisión. Junto a ello, dicho régimen comprende las facultades de investigación, deslinde, y recuperación posesoria de oficio. Estas tres facultades, junto al desahucio administrativo, solo ejercitable en relación a bienes demaniales, son las que reconoce el art. 44.1 [debe decir 41.1] de la LPAP”. CARRILLO DONAIRE, J.A.: << Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La intervención. El deslinde >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 339-340. “El desahucio constituye una figura típicamente civil fundada en el derecho de propiedad privada... Podría decirse que el Derecho Administrativo adopta la figura del desahucio en cuanto institución lógico-jurídica general, y lo modula o modifica hasta convertirlo en el desahucio administrativo, que no es que se oponga al desahucio civil, sino que viene a constituirse en una variedad del "supraconcepto" del desahucio, del cual sería otra variedad el propio desahucio civil. El desahucio administrativo tiene un objeto idéntico al civil, pero no es un juez quien lo declara, sino la propia Administración titular del bien... La diferencia esencial de fondo estriba en la distinta posición que adoptan la Administración y el particular ante el derecho, que impide desde luego asimilar la propiedad pública y la privada... En el Derecho Administrativo la institución del desahucio reviste unos contornos peculiares que tan sólo coinciden con el desahucio civil en que el ocupante del inmueble carece de título legítimo para continuar en la posesión y en que, consiguientemente, debe desalojarlo. Las diferencias esenciales son las siguientes: La Administración titular del bien público no está en pie de igualdad con el ocupante, pues actúa como *potentior persona* que personifica el poder del Estado y cuyo comercio jurídico aparece penetrado por la idea de poder público (Hauriou)... La Administración no necesita acudir al juez. El *status* privilegiado de los bienes públicos se caracteriza por la autotutela de la Administración expresada en potestades como el desahucio administrativo... Los bienes de dominio público, afectados a la utilidad pública, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y la Administración titular de los mismos puede recobrar su posesión sin necesidad de ejercitar ningún tipo de acción... La orden o requerimiento de desalojo puede ser recurrida por el ocupante, pero no ante el juez civil, sino ante la jurisdicción contencioso-administrativa... El juez civil no puede interferirse, en principio, en un procedimiento exclusivamente administrativo como es el desahucio, que impide la intervención de otros órganos... Las potestades reconocidas a la Administración para la protección y defensa de los bienes y derechos públicos, como reflejo de la autotutela administrativa, se aplican indistintamente tanto en favor del dominio público como privado o patrimonial, pero hay una excepción: el desahucio administrativo, que tanto el art. 58 LPAP como el art. 120 RBEL/1986 [Real Decreto 1372/1982, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales] circunscriben a los bienes demaniales y comunales. Si la Administración pretende desahuciar al ocupante de un bien patrimonial debe acudir a la jurisdicción civil en plano de igualdad con los particulares, de modo que cuando la Administración no está legalmente autorizada a aplicar el desahucio administrativo, por actuar como una persona jurídica sometida al Derecho Privado, ejercerá (como un particular más) la acción de desahucio civil. Tampoco puede el desahucio administrativo ampararse en un título de Derecho Privado (STS 3ª, 13 de mayo de 1991, ponente: Escosul Barra)”. RUIZ LÓPEZ, M.A.: << El entrecruzamiento entre propiedad pública y propiedad privada: el desahucio administrativo y el desahucio civil instado judicialmente por la Administración >> en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*. CUADRADO IGLESIAS, M., Y NÚÑEZ BOLUDA, Mª DE LOS D. (DIRS.). BERROCAL LANZAROT, A.I., JIMÉNEZ PARÍS, T.A., CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (COORDS.). Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2015. Págs., 1490-1494.

El conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión del ejercicio por la Administración de estas potestades corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional (art. 41.2 LPAP).

Si con ocasión de la instrucción de estos procedimientos se descubren indicios de delito o falta penal, y previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico en las entidades públicas, se pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de continuar con la tramitación de aquéllos (art. 44 LPAP).

Goza la Administración (sea estatal, autonómica, o local) de un privilegio procesal, que veda la posibilidad de interponer “interdictos” contra la actuación de sus órganos. Frente a las actuaciones que, en ejercicio de las facultades y potestades enumeradas en el art. 41 de esta ley y de acuerdo con el procedimiento establecido, realicen las Administraciones públicas no cabrá la acción para la tutela sumaria de la posesión prevista en el art. 250.1.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las demandas en las que se ejercite esta pretensión no serán admitidas a trámite (art. 43.1 LPAP). En igual sentido señala la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que no se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido (art. 101 LRJAPYAC).

La autotutela administrativa presenta dos manifestaciones fundamentales: la autotutela declarativa y la autotutela ejecutiva. La autotutela declarativa o ejecutividad de los actos de la administración implica que la Administración goza de la potestad de emitir declaraciones y dictar actos que modifiquen la situación jurídica de los administrados sin necesidad de acudir al auxilio de los Tribunales de Justicia, teniendo tales actos fuerza ejecutiva inmediata. La autotutela ejecutiva o ejecutoriedad dota a la Administración de la potestad de ejecutar materialmente los actos que dicta, no obstante la oposición de sus destinatarios, empleando la coacción si existiera resistencia por parte de éstos (con excepciones, como son el respeto a los derechos fundamentales)⁵⁶³.

⁵⁶³ “La Administración, con base en el privilegio de autotutela que le corresponde, dicta actos que, por sí mismos, son capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas de los administrados,

Así los actos administrativos dictados en los procedimientos que se sigan para el ejercicio de estas facultades y potestades que afecten a titularidades y derechos de carácter civil sólo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa (art. 43.2 LPAP).

No obstante, el conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión del ejercicio por la Administración de estas potestades corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional (art. 41.2 LPAP), y quienes se consideren perjudicados en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil por dichos actos podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden

sin necesidad de recabar la intervención judicial. En consecuencia, sus actos son inmediatamente eficaces, creando en el destinatario de las mismas una obligación de cumplimiento inmediato, con independencia de su validez o invalidez intrínseca. En este sentido se habla de la existencia de una "autotutela declarativa" de la Administración. Esta posición privilegiada de la Administración Pública encuentra su reflejo en el artículo 57.1 LRJAP-PAC, que señala que "los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa". Del precitado artículo deben extraerse dos conclusiones: En primer lugar, el artículo 57.1 establece una presunción de validez *iuris tantum* de los actos administrativos, que traslada al particular afectado por el acto la carga de probar su invalidez a través de la correspondiente impugnación. En segundo lugar, de acuerdo con lo previsto en este artículo los efectos de los actos administrativos comienzan a desplegarse desde la misma fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. Esta regla general debe ser objeto de matización, pues deben tenerse en cuenta a) los supuestos de eficacia demorada, b) los supuestos de eficacia retroactiva y c) los casos en los que se acuerde la suspensión de los actos administrativos... Pues bien, junto con la autotutela declarativa de la Administración se refiere la doctrina a la "autotutela ejecutiva", privilegio administrativo que comporta que, con carácter general, se exime a la Administración de recabar la tutela jurisdiccional para obligar al administrado a la realización de lo dispuesto en un acto administrativo en caso de incumplimiento por parte de aquél. Por tanto, en virtud de este principio de autotutela ejecutiva, la Administración puede llevar a cabo la ejecución forzosa de sus propios actos. La formulación legal de este último privilegio se contiene en el artículo 95 de la Ley 30/1992, a cuyo tenor "las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales". Junto con la consagración general del principio de autotutela ejecutiva, el precepto anteriormente citado recoge una serie de excepciones a dicho principio: La primera de ellas está representada por aquellos supuestos en que la propia naturaleza del acto excluye la ejecutoriedad (por ejemplo, cuando el efecto jurídico se consuma con el solo contenido declarativo del acto, como en el caso de una autorización). La segunda excepción es la de aquellos supuestos en que se suspenda la ejecución del acto administrativo de acuerdo con la ley... Finalmente, como tercera excepción se presentan aquellos casos en que la Constitución o la ley exija la intervención de los Tribunales, lo cual no es frecuente en nuestro Derecho positivo. Como ejemplo puede citarse el art. 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que señala que los inmuebles vacantes son de propiedad de la Administración General del Estado, pero si existiese un poseedor en concepto de dueño, ésta habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil". TARLEA JIMÉNEZ, R.: << Tema 2.- Los actos administrativos >> en *Derecho Administrativo II*. ALONSO TIMÓN, A.J., ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., BARRIO ANDRÉS, M., [ET AL.]. Ed. Dykinson, 2ª edición. Madrid, 2013. Págs., 58-59 y 74-75.

jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a las normas del título VIII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 43.2 párrafo 2 LPAP)⁵⁶⁴.

La Administración debe ejercer la potestad de autotutela conservativa que el ordenamiento jurídico le confiere para proteger la situación de los bienes (demaniales o patrimoniales). Protección que tiene su expresión máxima en la potestad de recuperar por sí misma, sin necesidad de acudir a la tutela judicial, la posesión de tales bienes si tal posesión ha sido objeto de perturbación o despojo, potestad que ha sido calificada de interdicto administrativo, *interdictum propium*, y que, como tal potestad y no simple facultad, no es de índole discrecional sino de obligado ejercicio⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ “Los arts. 41.2 y 43 de la LPAP recogen la tradicional dualidad jurisdiccional según la cual tales actos y actuaciones sólo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa, y sin perjuicio del ejercicio por quienes se consideren perjudicados por dichos actos, en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil, en el entendido de que en estos casos habrá de interponerse la previa reclamación en vía administrativa... La previsión supone una especie de reedición de la doctrina de los "actos separables" en la medida que sienta la competencia del orden contencioso-administrativo sobre los vicios de los actos dictados y de las actuaciones materiales acordadas en desarrollo de las prerrogativas de protección y defensa patrimonial, así como sobre el control de los motivos del ejercicio de dichas prerrogativas en orden a verificar los hechos determinantes de la decisión administrativa”. CARRILLO DONAIRE, J.A.: << Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La intervención. El deslinde >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 350.

⁵⁶⁵ “El ejercicio de esta potestad recuperatoria de los bienes... está sujeto a dos requisitos fundamentales: 1.- Demostrar que los bienes usurpados son de dominio de la Administración que ejerce esta facultad, lo que obliga a demostrar de forma clara que la ocupación se está realizando en dominio público deslindado o en un lugar que no lo está pero que no genera ninguna duda al respecto... 2.- El uso público debe haber sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria... Igualmente, es preciso que conste la situación posesoria previa a la usurpación... No es útil, por tanto, para obtener *ex novo* la posesión por las Administraciones Públicas”. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Derecho Administrativo Patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Tomo I*. Ed Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2005. Págs., 488-489. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 25-5-2009, rec. 5447/2006, Pte: Yagüe Gil, Pedro José (EDJ 2009/112164): “El presente recurso nos enfrenta con un acto en el que la Administración Pública ha hecho ejercicio de la potestad de auto tutela conservativa que el ordenamiento jurídico le confiere para proteger la situación de los bienes de dominio público, protección que tiene su expresión máxima en la potestad para recuperar por sí misma, sin necesidad de acudir a la tutela judicial, la posesión de tales bienes si tal posesión ha sido objeto de perturbación o despojo, potestad que ha sido calificada de interdicto administrativo (*interdictum propium*), y que como tal potestad y no simple facultad, no es de índole discrecional sino de obligado ejercicio, ejercicio además que carece de límite temporal pues puede efectuarse en cualquier momento -dada la imprescriptibilidad del dominio público- a diferencia de la recuperación administrativa de la posesión de los bienes patrimoniales o privados, que sólo puede ejercerse en el plazo de un año desde la ocupación (art. 8 de la Ley de Patrimonio del Estado)”. En términos similares, Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 28-12-2005, rec. 3151/2002, Pte: Maurandi Guillén, Nicolás (EDJ 2005/244543): “La potestad que habilita a la Administración para recuperar sus bienes sin necesidad de acudir al Juez tiene un carácter estrictamente posesorio y por ello se la denomina doctrinalmente "*interdictum propium*". También recuerda que el ejercicio lícito de ese "*interdictum propium*" "está subordinado a la real existencia de una prueba

Procede la recuperación posesoria cuando se ha producido una usurpación del demanio (o bien patrimonial) por un particular, o una actividad de inquietación de la pacífica posesión administrativa del mismo. Procederá, por el contrario, el desahucio, cuando el que ocupa el demanio no ha sido siempre un usurpador, sino una persona que en su momento ha ostentado un título suficiente para el uso del citado demanio, pero que ha llegado a ser indebido o insuficiente⁵⁶⁶.

completa y acabada que demuestre, en primer lugar, la posesión administrativa, el uso público, sin perjuicio de la verdadera naturaleza dominical, y, en segundo lugar que tal uso ha sido perturbado o usurpado indebidamente por el administrado contra el que se dirige la acción"... La jurisprudencia de esta Sala viene insistiendo en el carácter estrictamente posesorio que corresponde a la potestad de recuperación de los bienes de dominio público que tiene reconocida la Administración y en que ésta es la razón por la que dicha potestad viene recibiendo la denominación de "*interdictum propium*". En línea con lo anterior, ha declarado que no es menester que la Administración acredite la plena titularidad demanial, porque lo que se protege es la pérdida o perturbación del hecho de la posesión; así como que el ejercicio de la facultad de recuperación se reconoce sin perjuicio de la acción de quien se crea titular de los bienes sobre los que se ejercita el "*interdictum propium*" para reivindicarlos ante la jurisdicción civil. Pero esa misma jurisprudencia sostiene que para el válido ejercicio de esa potestad de recuperación de oficio de los bienes de dominio público sí es exigible a la Administración pública un principio de prueba sobre la posesión pública del bien de cuya recuperación se trate y sobre su indebida usurpación o perturbación posesoria por parte del particular frente al que se intente la recuperación. Muestra reciente de esa jurisprudencia son las sentencias de 23 de abril de 2001 (casación 3235/1993) y 11 de julio de 2001 (casación 8047/1995), que citan otras tantas anteriores. Por lo que hace a esa prueba sobre la posesión y la indebida usurpación, la primera de esas sentencia dice que, dado el carácter excepcional de la facultad, solo cabe ejercitarla cuando se encuentra respaldada por una prueba acabada y plena, y añade que debe existir una plena identidad entre lo poseído por la Administración y lo usurpado por el particular. Y la segunda sentencia de 11 de julio de 2001 se expresa así: "(...) lo cierto es que es absolutamente preciso que el previo uso y detentación posesoria por parte del Ayuntamiento recurrente haya quedado establecido de modo medianamente convincente, sin necesidad de complicados juicios valorativos, bien porque conste la utilización con ese carácter por una pluralidad de vecinos de manera reiterada y pacífica, bien a través de una actividad de conservación y cuidado del camino por parte del ente público, bien por cualquier otra circunstancia análoga (Sentencias de 4 de junio de 1991, 13 de febrero de 1989 EDJ 1989/1479, 2 de octubre de 1997 EDJ 1997/6230, 25 de marzo EDJ 1998/2054, 7 de julio EDJ 1998/19052 y 14 de octubre de 1998 EDJ 1998/27809, entre varias otras)".

⁵⁶⁶ "En ocasiones se confunde el *interdictum propium* con el desahucio administrativo, debido probablemente a que en ambos casos se pretende recuperar la posesión de un bien coercitivamente. No obstante, se trata de instituciones jurídicas distintas, ya que el desahucio... presupone siempre la existencia de un título legítimo extinguido o expropiado, cuya ejecución exige un lanzamiento procedimentalizado, en oposición al *interdictum propium* que requiere una alteración en la posesión de un bien o derecho público usurpado, sin título legítimo por el administrado usurpador, contra quien se dirige en este último caso la coacción administrativa, normalmente mediante un procedimiento de ejecución forzosa". AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: << La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del Patrimonio. El desahucio administrativo >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 377. "Como se sabe los interdictos sirven para proteger, retener o recobrar la posesión. Pues bien, la Administración puede utilizar el *interdictum propium* en propio provecho, sin impetrar el auxilio judicial, cuando pretenda recuperar la posesión de sus bienes y derechos del patrimonio". AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: << La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del Patrimonio. El desahucio administrativo >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 372. Se regula en la Sección 4ª, "De la recuperación de la posesión de los bienes y derechos del patrimonio", del Capítulo V, "De las facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos", del Título II, "Protección y defensa del patrimonio", de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, integrada por los artículos 55 a 57. El

Muchos de los bienes o derechos sobre los que actúa la Administración en el ejercicio de potestades de recuperación posesoria y de desahucio están relacionados con viviendas, o exigen introducirse en domicilios o lugares cuyo acceso requiere el consentimiento del titular. Lógicamente, en tales ocasiones, con anterioridad a la ejecución forzosa de las prerrogativas de recuperación posesoria y desahucio en vía administrativa, ante la ausencia de flagrante delito o consentimiento del titular, será preceptiva la obtención de la correspondiente autorización para la entrada en el domicilio facilitada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁵⁶⁷.

primero de ellos dispone: Artículo 55.- Potestad de recuperación posesoria: “1.- Las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio. 2.- Si los bienes y derechos cuya posesión se trata de recuperar tienen la condición de demaniales, la potestad de recuperación podrá ejercitarse en cualquier tiempo. 3.- Si se trata de bienes y derechos patrimoniales la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento haya sido notificada antes de que transcurra el plazo de un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado dicho plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercitarse las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil”. El segundo de los referidos artículos, el 56 dispone: Artículo 56.- Ejercicio de la potestad de recuperación: “Reglamentariamente se regulará el procedimiento para el ejercicio de potestad de recuperación, con sujeción a las siguientes normas: a) Previa audiencia al interesado y una vez comprobado el hecho de la usurpación posesoria y la fecha en que ésta se inició, se requerirá al ocupante para que cese en su actuación, señalándole un plazo no superior a ocho días para ello, con la prevención de actuar en la forma señalada en los apartados siguientes si no atendiere voluntariamente el requerimiento. b) En caso de resistencia al desalojo, se adoptarán cuantas medidas sean conducentes a la recuperación de la posesión del bien o derecho, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V del título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Para lanzamiento podrá solicitarse el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o imponerse multas coercitivas de hasta un cinco por 100 del valor de los bienes ocupados, reiteradas por períodos de ocho días hasta que se produzca el desalojo. En estos supuestos, serán de cuenta del usurpador los gastos derivados de la tramitación del procedimiento de recuperación, cuyo importe, junto con el de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado a los bienes usurpados, podrá hacerse efectivo por el procedimiento de apremio”. Y por último el Artículo 57.- Órganos competentes: “1.- Respecto de los bienes y derechos de la Administración General del Estado, las medidas expresadas en el artículo anterior se acordarán por el Delegado de Economía y Hacienda del lugar donde radiquen, y se dará cuenta al Director General del Patrimonio del Estado, o directamente por éste mismo. Si los bienes o derechos se encontrasen adscritos a un organismo público, o afectados a un departamento ministerial, la competencia corresponderá al presidente o director de aquél o al ministro titular de éste, si bien deberá darse cuenta de las medidas adoptadas a dicha Dirección General. 2.- En relación con los bienes de los organismos públicos vinculados a la Administración General del Estado o dependientes de ella, la competencia para adoptar dichas medidas corresponderá a sus directores o presidentes”.

⁵⁶⁷ Dispone el artículo 8.6 LRJCA: “Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública”.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, apartándose de otros modelos de técnica legislativa, ha renunciado a establecer una legislación penal especial en la materia, estimando suficiente, en consecuencia, la protección articulada en el Código Penal. Ahora bien, en el Código Penal no existe una protección unitaria ni uniforme de los bienes y derechos que sean titularidad de una Administración Pública, pudiéndose distinguir los tres supuestos siguientes:

- Protección absolutamente indiferenciada de los bienes y derechos de otras titularidades, como sucede *v. gr.*, en robo y hurto de uso de vehículos a motor (art. 244 CP), u ocupación pacífica de bienes inmuebles (art. 245.2 CP)⁵⁶⁸.
- Protección relativamente diferenciada, específica por la calidad o utilidad pública de los bienes, pero indiferenciada por su titularidad. Es el caso más habitual y suele configurarse a través de subtipos cualificados o agravados de delitos comunes (*v. gr.*, art. 235 CP)⁵⁶⁹.
- Protección absolutamente diferenciada, como bienes o derechos integrados en el Patrimonio de una Administración Pública (delitos de malversación de caudales o efectos públicos, art. 432 y ss. CP).

Los bienes públicos no están, pues, excluidos de la consideración de objeto material, en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles (arts. 245.2 CP); sin

⁵⁶⁸ “Este último punto [art. 245.2 CP] es esencial a la hora de actuar contra las ocupaciones ilegítimas del demanio y del resto del patrimonio público”. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Derecho Administrativo Patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Tomo I... Op. cit.*, Pág., 530. “Resulta indiferente que la vivienda o inmueble sea de titularidad pública o privada. La Administración puede ser titular de bienes demaniales o patrimoniales. Precisamente, en la realidad se observan que muchas ocupaciones ilegales se producen en bienes de la Administración. En ocasiones los medios informativos nos señalan ocupaciones ilegales de viviendas sociales. La jurisprudencia ya indicó que es imposible compartir la tesis según la cual los bienes de dominio público no son ajenos (sentencia de 17 de octubre de 1988). Esta argumentación acertada debe seguirse manteniendo con el nuevo Código Penal”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317.

⁵⁶⁹ Así por ejemplo en el hurto, el art. 235 CP dispone: “El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: 1º.- Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. 2º.- Cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento. 3º.- Cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos...”.

perjuicio de estar sometidos a un *régimen de defensa y protección de carácter exorbitante*. Dicho carácter exorbitante tiene como finalidad la protección física y jurídica de los bienes, en orden a garantizar su integridad y su destino a fines de interés general. De ahí que la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, comience su Título II (que lleva por rúbrica, “Protección y defensa del Patrimonio”), proclamando que “las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio” (art. 28 LPAP), así como a “velar por su custodia y defensa” (art. 29 LPAP), para lo cual han de “ejercer las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello” (art. 28 LPAP). Cooperación en defensa de los patrimonios públicos que incumbe al personal al servicio de las Administraciones públicas, y muy especialmente a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 61 LPAP), a los Notarios y Registradores (art. 63 LPAP), así como a los ciudadanos (art. 62 LPAP)⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ Cfr., RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Derecho Administrativo Patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Tomo I*. Ed Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2005. Págs., 447-531; CARRILLO DONAIRE, J.A.: << Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La intervención. El deslinde >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.). Ed. Thomson Civitas. 1ª edición. Madrid, 2004. Págs., 323-370; AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: << La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del Patrimonio. El desahucio administrativo >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.). Ed. Thomson Civitas. 1ª edición. Madrid, 2004. Págs., 371-384; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: << Lección 1.- Régimen general del dominio público >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo V*. CANO CAMPOS, T. (COORD.). Ed. Iustel. Madrid, 2009. Págs., 13-30; FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: << Lección 2.- Los bienes patrimoniales >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo V*. CANO CAMPOS, T. (COORD.). Ed. Iustel. Madrid, 2009. Págs., 37-64; ARÉVALO GUTIÉRREZ, A.: << Tema 3.- Patrimonio de las Administraciones públicas. Bienes públicos. Teoría general >> en *Derecho Administrativo III*. ALONSO TIMÓN, A.J., ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., BARRIO ANDRÉS, M., [ET AL.]. Ed. Dykinson, 2ª edición. Madrid, 2013. Págs., 113-147; PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo... Op. cit.*, Págs., 931-1014. “Antes de la reforma del RH llevada a cabo por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, el art. 5 RH exceptuaba de la inscripción ciertos bienes de dominio público, al considerarla innecesaria por el propio carácter de los bienes y la ostensibilidad de su uso, lo cual dio cobertura a la usurpación por los particulares de enclaves situados en zonas de dominio público (especialmente en la zona marítimo-terrestre), puesto que la jurisprudencia se inclinó por otorgar preferencia a los efectos derivados de la fe pública registral. Para remediar estos problemas, el citado RD modificó el artículo 5, permitiendo que los bienes de dominio público puedan ser objeto de inscripción conforme a su legislación especial. Además el RD intentó imponer la obligatoriedad de inscripción de los bienes públicos, pero los preceptos que se referían a ella (arts. 6, 17 y 18) fueron declarados nulos por la STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2001, pues tal exigencia es contraria al régimen jurídico de este tipo de bienes, que, por imperativo del art. 132.1 CE, está reservado a la Ley. Finalmente ha sido la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) la que ha transformado el carácter de la inscripción de los bienes de dominio público, pues de la inscripción potestativa establecida en el art. 5 RH se ha pasado a la inscripción obligatoria, dispuesta en el art. 36.1 LPAP. Este cambio de criterio hace necesario el establecimiento de un plazo para llevar a cabo el cumplimiento de la obligación de inscribir, que la propia Ley fijó en cinco años (D. Trans. 2ª). El art. 28 LPAP impone a las Administraciones públicas la obligación de proteger y defender su patrimonio, procurando la inscripción de sus bienes y derechos. En consonancia con lo anterior, el art. 36.1 LPAP, que tiene el carácter de legislación básica en función de la competencia estatal recogida en el art. 149.1.18ª CE (D.F. 2ª) dice: “Las Administraciones públicas deben inscribir en los correspondientes

Existe Jurisprudencia *menor* en el orden jurisdiccional penal relativa a la usurpación pacífica de bienes inmuebles demaniales (en concreto, el dominio público marítimo-terrestre). De ello se colige que los bienes demaniales pueden ser objeto material del delito de ocupación pacífica⁵⁷¹.

registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros. No obstante, la inscripción será potestativa para las Administraciones públicas en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria". Ello supone una excepción al criterio de inscripción facultativa o voluntaria que, con carácter general, ha regido siempre en nuestra legislación hipotecaria respecto del acceso de los bienes al Registro de la Propiedad. Ahora bien, la inscripción sigue siendo rogada, pues la obligatoriedad de la inscripción no elimina la necesidad de que el obligado a realizarla, la Administración, haya de iniciar el procedimiento registral para llevarla a cabo mediante la correspondiente declaración dirigida al Registrador, pero será sancionada si se incumple dicha obligación. El acceso al Registro de la Propiedad de los bienes y derechos de las Administraciones públicas conlleva que éstas puedan obtener los beneficios y ventajas que aquél proporciona, con independencia de las facultades que les otorga el ordenamiento jurídico para la conservación y defensa de sus bienes y derechos. Esta inscripción preceptiva va a permitir a la Administración ejercitar las acciones reales al amparo del procedimiento especial y sumario del art. 41 LH en defensa de la propiedad inscrita, no obstante ser, como afirma la STS 1-7-1999, la titularidad del dominio público inatacable aunque no figure en el Registro, puesto que esa titularidad no nace del tráfico jurídico base del registro, sino de la Ley... Los inmuebles carentes de dueño pertenecen, según el art. 17 LPAP, al Estado, ordenando el art. 47 d) LPAP su inscripción en el RP a favor de aquél... El problema principal que plantea dicha inscripción se produce a la hora de determinar cuál debe ser el título que ha de emplear la Administración para llevarla a cabo cuando el inmueble aparece inscrito a nombre de un tercero. Es el caso plantado en la RDGRN 20-1-2005... en la que se admitió la virtualidad de la certificación administrativa para hacer constar en el RP la adquisición por el Estado de un bien inmueble calificado como vacante por la Dirección General del Patrimonio del Estado que constaba inscrito en el Registro a favor de un tercero desde hacía más de treinta años. No obstante, hay que advertir que la doctrina contenida en esta Resolución, en virtud de lo dispuesto en el art. 327.10 LH, ha perdido su carácter vinculante para los Registros al haber sido anulada por la SJPI núm. 7 Valladolid 23-9-2005 (confirmada por la SAP Valladolid 19-9-2006)... por entender que no es aplicable al supuesto en cuestión el mecanismo previsto en el art. 37.3 LPAP (virtualidad de la certificación administrativa para reanudar el tracto sucesivo interrumpido), y que existen preceptos (el art. 306 RH) que regulan específicamente el supuesto de conflicto por existencia de inscripciones a favor de terceros". SÁNCHEZ CALERO, F.J., Y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición. Valencia, 2014. Págs., 79-81.

⁵⁷¹ En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 7-2-2006, nº 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio; (EDJ 2006/467276): "El Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany ... limitándose a requerir a la propiedad del predio para que garantice la continuidad en el uso público del trazado de dicho sendero que da acceso al mar.... la Administración de Costas considera que el vallado de la citada finca, en su zona colindante con la playa, se ha hecho sobre el dominio público delimitado como tal en el deslinde provisional del demanio marítimo-terrestre, habiéndose cerrado por parte del imputado el único acceso peatonal público a la playa de Cala Salada, que transcurría por la zona de servidumbre de tránsito, habiéndose demolido además en la zona de descenso del acantilado, y en área de servidumbre de protección, una especie de escaleras realizadas en el terreno natural que facilitaban la bajada a la citada playa. Este vallado transcurre entre los hitos 442 y 446 que delimitan la propiedad pública. Ambas incidencias aparecen reflejadas en el plano que obra al folio 10 de los autos. Ambos documentos deben ser puestos en conexión con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, que de los dos hechos anteriores deriva el resultado de que la playa de Cala Salada queda impedida para su acceso terrestre, por lo que su uso se reserva para quienes accedan a la misma por vía marítima, además de para el acusado, a quien imputa la comisión del delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal... Este artículo 245 del Código Penal contiene dos párrafos. El apartado primero requiere la ocupación de un inmueble o la usurpación (uso, ejercicio) de derecho real inmobiliario con violencia o intimidación. El

La sentencia del Juzgado de lo Penal, ratificada por la Audiencia Provincial de Baleares (Sentencia N° 27/2006, de 7 de febrero de 2006), absuelve al acusado no porque el objeto material (bien de dominio público marítimo-terrestre) esté excluido de la protección penal, sino porque la conducta no se puede subsumir en el tipo penal del art. 245.2 del Código Penal ya que:

- El acusado no ha procedido a ocupar con carácter exclusivo la playa de Cala Salada para procurarse un beneficio económico (simplemente ha intentado ilegítimamente evitar el acceso a la misma de los bañistas, pues éstos se introducen en la finca contigua de su propiedad, perturbando su derecho dominical).

apartado segundo viene a configurarse como una figura complementaria pero distinta, en la medida en que no exige violencia o intimidación, y se refiere a vivienda, inmueble o edificio ajeno que no constituya morada, lo que lo diferencia del allanamiento de morada. En cualquiera de ambos casos se exige la concurrencia de una actuación del agente con la finalidad de aprovechamiento o enriquecimiento de lo ajeno, intención consustancial a todos los delitos de usurpación, así como la existencia de un perjuicio irrogado a un tercero. Más en concreto, la figura delictiva objeto de acusación en esta *litis* requiere, a tenor de conocida jurisprudencia, de la concomitancia de los siguientes elementos: a) Ocupación o mantenimiento en inmueble, vivienda o edificio ajenos. Ocupar es, hablando de territorios o lugares, tomar posesión o apoderarse de ellos, invadirlos o instalarse en ellos. b) Que tales inmuebles no constituyan morada. c) Ausencia de consentimiento o autorización en la ocupación y contrariedad a la voluntad de su titular en el caso del mantenimiento; y d) Conocimiento y consciencia de la ajenidad y de la falta de autorización o de consentimiento. Al hilo de esta doctrina se constata la profunda diferencia existente entre los elementos del tipo penal invocado por el apelante y la conducta imputada al acusado, pues la acción de interrumpir el paso de los usuarios de la playa por el camino de servidumbre de tránsito no se corresponde con el concepto legal de usurpación descrito en el mencionado precepto. Efectivamente, el acusado no ha procedido a ocupar con carácter exclusivo la playa de Cala Salada para procurarse un beneficio económico, sino que ha intentado ilegítimamente evitar el acceso a la misma de los bañistas a través de la servidumbre de tránsito, porque aquéllos se introducen después en la finca contigua de su propiedad, perturbando su derecho dominical. En cualquier caso, tampoco se trataría de una ocupación exclusiva y excluyente de la playa por parte del acusado, quien no ha hecho intento alguno de evitar que ésta sea utilizada por quienes acceden a la misma por vía marítima. Finalmente, el acusado no es un usuario ilegítimo de la playa, pues tiene derecho a utilizarla en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos dada su condición de bien demanial, sin que quepa deducir que su conducta de limitar el uso público de la cala esté movida por el ánimo de lucro propio de cualquier delito contra el patrimonio, sino por el ya expresado de prevenir daños en su finca contigua. Y en cuanto a la interrupción del sendero que atraviesa... una vez acreditado que se trata de un camino de servidumbre de propiedad privada que da acceso a varias de las fincas del lugar (folio 219 y siguientes), entre ellas la del propio acusado, es llano que su cerramiento mediante barreras y candado para impedir el paso de intrusos ajenos a tales predios constituye un acto inocuo, situado extramuros del Código Penal. Por consecuencia de todo lo expuesto, la conducta de interrumpir mediante un vallado metálico la servidumbre legal de tránsito no constituye delito de usurpación, sino que se trataría de un ilícito administrativo que ha sido corregido por la Administración costera mediante el expediente sancionador y de recuperación de oficio antes mencionado, en el cual ha sido acordada la práctica de las actuaciones gubernativas necesarias para, en defensa del dominio público marítimo-terrestre, proceder a la demolición de dicho obstáculo (folio 377). Motivos todos ellos por los cuales procede desestimar el recurso interpuesto, ratificando en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal”.

- No se trata de una ocupación exclusiva y excluyente de la playa por parte del acusado, quien no ha hecho intento alguno de evitar que ésta sea utilizada por quienes acceden a la misma por vía marítima.
- El acusado no es un usuario ilegítimo de la playa, pues tiene derecho a utilizarla en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos dada su condición de bien demanial.
- La conducta de limitar el uso público de la cala no está movida por el ánimo de lucro propio de cualquier delito contra el patrimonio, sino por el de prevenir daños en su finca contigua.

De ello se infiere, *a sensu contrario*, que si el acusado hubiera procedido a ocupar, de forma exclusiva y excluyente, la playa de Cala Salada para procurarse un beneficio económico, evitando que ésta fuera utilizada tanto por quienes acceden a la misma por vía marítima, como por el camino de servidumbre de tránsito, la conducta sería constitutiva de delito siempre que su ánimo hubiera sido el de lucro y no el de proteger su finca contigua de los bañistas que la perturbaban.

Más habitual son los casos de usurpación pacífica de bienes patrimoniales (como las ocupaciones de viviendas de titularidad del IVIMA, -Instituto de la Vivienda de Madrid-) donde encontramos numerosas sentencias⁵⁷².

⁵⁷² Así, la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2006, nº 127/2006, rec. 445/2005, Pte: Ventura Faci, Ramiro, (EDJ 2006/17999): “El "mantenimiento" en la vivienda "sin la voluntad de su titular" es una segunda acción típica descrita en el artículo 245.2 del Código Penal, entendiendo que también dicha conclusión se ajusta a una valoración correcta de la prueba ya que, sin perjuicio de que inicialmente el IVIMA no se dirigiera a los acusados para que abandonaran dicha vivienda, debemos entender que los acusados eran conscientes de que el IVIMA no les autorizaba a permanecer en dicha vivienda y así se debe considerar, por lo menos, desde el momento en que Dª Lucía declaró en la Guardia Civil, ante el Magistrado del Juzgado de Instrucción y, en cualquier caso, en el momento en que se le dio traslado del escrito de acusación presentado por el IVIMA personada en las presentes actuaciones en el ejercicio de la acusación particular, escrito de acusación particular en la que expresamente el IVIMA reclama que los acusados desalojen y les ponga a su disposición la vivienda. A pesar de dicha expresa manifestación de voluntad del IVIMA, los acusados, incluso en la fecha del juicio (pues así lo reconoce la acusada Dª Lucía), continúan ocupando la referida vivienda propiedad del IVIMA. Por lo expuesto entendemos que la Magistrada del Juzgado de lo Penal no ha cometido ningún error en la valoración de las pruebas y que, al contrario, la apreciamos racional y suficientemente razonada, por lo que debemos confirmarla y asumirla en esta segunda instancia por entender que se ajusta plenamente a los requisitos que para la valoración de la prueba directa e indirecta exige el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 12-4-2007, nº 390/2007, rec. 15/2007, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa, (EDJ 2007/122728): “Por otra parte, en nada afecta a la tipicidad de la conducta de los acusados el hecho de que el requerimiento que les efectuó el IVIMA para que abandonaran la vivienda se produjera con posterioridad a la presentación de la denuncia e incluso a que los denunciados declararan en el Juzgado como imputados, ya que el delito previsto en el art. 245.2 del C. Penal tipifica como delictiva tanto la

conducta de quien ocupa sin autorización debida un inmueble como la del que se mantiene en él contra la voluntad de su titular; ello quiere decir que los acusados al acceder a la vivienda sin autorización de su titular ya cometieron la conducta típica puesto que en ningún caso podían entender que estaban actuando lícitamente al entrar a vivir en una vivienda que no era suya; pero aun cuando no se entendiera así, lo que sí es evidente es que habrían cometido el delito por el que han sido condenados al permanecer en la referida vivienda sin atender al requerimiento de desalojo que les efectúo el IVIMA puesto que a partir de dicho requerimiento se mantuvieron en la vivienda contra la voluntad de su titular...Por todo ello, estimando que los hechos declarados probados en la sentencia que es objeto del recurso de apelación que ahora se ventila aparecen debidamente acreditados por las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, sin que se aprecie motivo alguno para declarar que se ha incurrido en omisión esencial o error en la valoración de las mismas, y estando ajustada la calificación que de los mencionados hechos declarados probados se hace, así como los demás fundamentos del fallo, procede rechazar el recurso interpuesto confirmando la resolución apelada en todas sus partes y declarando de oficio las costas de esta alzada".

Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 17-1-2014, nº 19/2014, rec. 195/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2014/24267); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 28-9-2007, nº 158/2007, rec. 207/2007, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2007/284763); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/63133); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-3-2013, nº 311/2013, rec. 8/2013, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2013/73100); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 17-9-2009, nº 458/2009, rec. 148/2009, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2009/353624); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 2-10-2006, nº 787/2006, rec. 25/2006, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del (EDJ 2006/367784); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 15-4-2002, nº 172/2002, rec. 124/2002, Pte: Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel (EDJ 2002/34503); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 30-3-2006, nº 416/2006, rec. 269/2005, Pte: Cardenal Montraveta, Sergi (EDJ 2006/292412); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 24-9-2004, nº 394/2004, rec. 296/2004, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis (EDJ 2004/145412); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-7-2001, nº 598/2001, rec. 225/2000, Pte: Celemín Porrero, José María (EDJ 2001/55362); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 30-5-2013, nº 144/2013, rec. 203/2013, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2013/107785); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 16-12-2009, nº 1086/2009, rec. 333/2009, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2009/361692); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 6-2-2014, nº 48/2014, rec. 988/2013, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2014/43639); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 4-7-2005, nº 556/2005, rec. 320/2005, Pte: Hidalgo Abia, Miguel (EDJ 2005/193955); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 27-11-2013, nº 1551/2013, rec. 364/2011, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2013/289927); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 19-2-2003, nº 137/2003, rec. 50/2003, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2003/85874); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 29-10-2002, nº 387/2002, rec. 328/2002, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2002/101204); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 22-4-2009, nº 462/2009, rec. 28/2009, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2009/107244); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 31-5-2005, nº 262/2005, rec. 195/2005, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 2005/193759); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 23-9-2004, nº 396/2004, rec. 289/2004, Pte: Alhambra Pérez, Pilar (EDJ 2004/278352); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 17-2-2005, nº 73/2005, rec. 55/2005, Pte: Aizpurúa Biurarena, Olatz (EDJ 2005/174599); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 24-6-2004, nº 629/2004, rec. 149/2004, Pte: Alvaro López, Mª Cruz (EDJ 2004/122472); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-2-2007, nº 125/2007, rec. 55/2007, Pte: Hidalgo Abia, Miguel (EDJ 2007/63337); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-4-2002, nº 257/2002, rec. 97/2002, Pte: Panizo y Romo de Arce, Alberto (EDJ 2002/25927); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 25-5-1998, nº 254/1998, rec. 267/1998, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 1998/17312); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 16-7-2003, nº 332/2003, rec. 156/2003, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis (EDJ 2003/131484); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-1-2014, nº 5/2014, rec. 381/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/12482); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 21-10-2010, nº 303/2010, rec. 252/2010, Pte: Ferrer Pujol, Francisco Buenaventura (EDJ 2010/296931); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 23-1-2012, nº 25/2012, rec. 346/2011, Pte: Esteban Meilán, Mª del Rosario (EDJ 2012/8647); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 13-3-2012, nº 406/2012, rec. 262/2011, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2012/60937); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 14-7-2009, nº 461/2009, rec. 236/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/175335); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 12-2-

1999, nº 103/1999, rec. 29/1999, Pte: Maza Martín, José Manuel (EDJ 1999/7078); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 6-3-1998, nº 101/1998, rec. 98/1998, Pte: Mendoza Muñoz, Julio (EDJ 1998/6534); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 19-1-1998, nº 33/1998, rec. 686/1997, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 1998/5918); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 27-12-2001, nº 910/2001, rec. 259/2001, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2001/77665); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2003/133177); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 25-10-2006, nº 390/2006, rec. 274/2006, Pte: Alhambra Pérez, Pilar (EDJ 2006/395479); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 8-7-2005, nº 342/2005, rec. 233/2005, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2005/185674); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2010, nº 441/2010, rec. 233/2010, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2010/316948); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 9-12-2004, nº 555/2004, rec. 411/2004, Pte: Romera Vaquero, Consuelo (EDJ 2004/275957); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 16-7-2012, nº 657/2012, rec. 44/2012, Pte: Acevedo Frías, Ángela Ascensión (EDJ 2012/179952); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 9-1-2013, nº 2/2013, rec. 496/2012, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2013/4349); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 6-3-2014, nº 119/2014, rec. 230/2013, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel (EDJ 2014/36001). En relación a las viviendas de protección oficial afirma IBARRA SÁNCHEZ: “En el tipo del apartado 2 del art. 245 CP, si nos centramos en la ocupación de viviendas sociales que la Administración Pública destina a sectores sociales que no pueden tener acceso a una vivienda en las condiciones del mercado, en las llamadas viviendas de protección oficial de promoción pública, o viviendas de promoción pública para la integración social, la víctima del delito de usurpación es la Comunidad autónoma competente titular de las viviendas (recordemos que las Comunidades Autónomas son Estado) o la Administración local, es decir, nos encontramos ante un supuesto sujeto pasivo difuso y colectivo. Estas viviendas son el producto del esfuerzo de la sociedad, costeadas con los impuestos del conjunto de los ciudadanos y existen unas normas administrativas de uso y sobre todo de adjudicación o acceso a las mismas. Quien ocupa estas viviendas sociales violentando una puerta o ventana, está infringiendo esta normativa administrativa y evitando que la vivienda se adjudique a la familia situada en primer lugar en la lista de espera que inmediatamente se convierte en víctima, normalmente sin saberlo y, en todo caso, víctima no participante o fungible. El ocupante de la vivienda que acude a la vía de hecho suele esgrimir, a su favor, las denominadas técnicas de neutralización del propietario-víctima o mimetismo para intentar aparecer, a su vez, como víctima ideológica suplantando la condición de víctima o perjudicado: que la vivienda estaba abandonada desde hacía tiempo lo que constituye una provocación, que la vivienda se va a dar a inmigrantes, que ellos han realizado determinadas mejoras en la vivienda que estaba en muy malas condiciones, que han pagado una determinada cantidad al anterior ocupante, en definitiva, su incapacidad económica aunque, sin embargo, luego es frecuente que instalen antenas de televisión de pago, hagan obras considerables, etc. Pero hay que tener en cuenta que la vía más frecuente de acceso a una vivienda protegida por el Estado o Comunidades Autónomas, fuera de los cauces administrativos legalmente establecidos, es la cesión a título oneroso o lucrativo (con contrato verbal o bien con multitud de documentos privados algunos de ellos más o menos estandarizados, incluso escudándose en supuestas mejoras que hay que abonar al cedente) por su adjudicatario, normalmente arrendatario y poseedor que la cede, a sabiendas de su ilegalidad (cualquier forma de cesión o subarriendo está prohibida por la normativa administrativa), a un familiar o a un tercero, bien gratuitamente o a cambio de una cantidad de dinero, esperando que luego la Administración, a través de una de sus normas regularizadoras, bendiga esta actuación. Que este proceder sea perseguible por el derecho penal es una cuestión a analizar pues el adjudicatario-cedente que recibe dinero se está lucrando a costa de un bien público. Y el cesionario que paga también se lucra, pues accede a una vivienda concreta y prioritariamente, al margen de listas de espera y fuera de cualquier concurrencia con el resto de solicitantes. Sin embargo, este tipo de conductas, en la gran mayoría de ellas no hay engaño, por lo que hay que descartar la estafa. De manera que cuando el imputado ocupa la vivienda pública mediante la fuerza en las cosas violentando una puerta o ventana, la Administración pública víctima de esta actuación, al margen de la obligación de denunciar los hechos, se plantea su personación en las diligencias previas como acusación particular buscando no sólo el reproche penal, sino también el lanzamiento inmediato del ocupante como medida cautelar de protección a la víctima y cuyo acuerdo es una exigencia de justicia reparadora. Incluso si no se acuerda el mismo, como medida cautelar, se pedirá se acuerde en la sentencia como medida imprescindible para restaurar el orden social perturbado. Los resultados a tal petición al juez de instrucción o, en su caso, al juez de lo penal, bien en fase de instrucción como una vez abierto el juicio oral, no están en absoluto garantizados”. IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Pág., 7.

El Tribunal Supremo, con ocasión del recurso de casación interpuesto por infracción de ley e infracción de precepto constitucional contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en causa seguida por delitos de usurpación de inmueble, desobediencia a la autoridad y daños, como consecuencia de la condena por la ocupación de la finca militar “Las Turquillas”, bien demanial perteneciente el Centro Militar de Cría Caballar; dispone en su Fundamento Jurídico Quinto: “El hecho de que la Administración Pública disponga de facultades de autotutela no resulta relevante para despenalizar una conducta que reviste los caracteres necesarios para su subsunción en uno de los tipos expresamente recogidos en el Código Penal [art. 245.2]. Que la Administración Pública disponga del procedimiento prevenido en el art 41 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas para la recuperación de la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos, no excluye la tipicidad de la conducta enjuiciada, ni obsta al hecho de que sus bienes inmuebles se encuentren protegidos penalmente frente a la ocupación ilegal”⁵⁷³.

⁵⁷³ *Vid.*, Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778). “Los hechos enjuiciados se remontan al verano de 2012 cuando, convocadas por el Sindicato Andaluz de Trabajadores (SAT), se concentraron en las inmediaciones del acceso lateral de la finca militar “Las Turquillas”, perteneciente el Centro Militar de Cría Caballar, unas 500 personas, que llegaron hasta el lugar en siete autobuses y unos 80 vehículos particulares. El grupo iba encabezado por una pancarta con el lema “Andaluces levantaos. Pedid tierra y libertad. ¡Movilizate! Las Turquillas para los trabajadores”. Al frente de la movilización estaban un Diputado del Parlamento de Andalucía, el Alcalde de la localidad sevillana de Marinaleda, y el secretario general del SAT, quienes se entrevistaron con los responsables del acuartelamiento informando de su reivindicación del uso de la finca para trabajarla por las personas del entorno, al estar, en su opinión, improductiva. La ocupación de “Las Turquillas” se prolongó 18 días, estableciendo en la misma un campamento en el que permanecían, turnándose, unas 30 personas diariamente, siendo finalmente desmantelado el campamento y desalojados los ocupantes por agentes de la guardia civil de forma pacífica. En el juicio de instancia, celebrado en sede del TSJ Andalucía, acudieron como imputados 53 personas, pero la Sala absolvió a 49 porque la Guardia Civil no los identificó en las vigilancias que realizaba diariamente en la finca. Por el contrario condenó a los tres cargos públicos citados y a otros dos militantes del SAT como autores responsables de un delito de desobediencia grave a la autoridad y de un delito de usurpación de inmueble, a penas para cada uno de ellos de siete meses de prisión (por el primer delito) y cuatro meses de multa (por el segundo), absolviéndoles por delito de daños también imputado. Pues bien, interpuesto recurso de casación contra dicha resolución, la Sala lo ha estimado parcialmente, absolviendo a los acusados del delito de desobediencia, y confirmando su condena por usurpación. El Alto tribunal entiende que no cabe sanción por este delito pues la negativa de los ocupantes a abandonar voluntariamente la finca es precisamente el contenido de injusto que integra el delito de usurpación, que era la razón en la que el TSJ Andalucía basó la condena por desobediencia. La Sala sostiene que la absolución del delito de desobediencia no significa legitimar la protesta, por mucho que fuera su respaldo social o político. La ocupación fue delictiva porque los acusados actuaron al margen de la legalidad, y debe ser sancionada como un delito de usurpación por el carácter indefinido y persistente de la misma. El TS entiende que la ocupación se concibió como una acción que pretendía “incidir en la sociedad” y “captar adhesiones” para denunciar lo que se consideraba un abuso o injusticia. De ahí que la publicidad sea uno de sus elementos característicos, como también su carácter colectivo, no individual y su realización por un grupo de

2.2.8.- TERCER ELEMENTO DEL OBJETO MATERIAL. ELEMENTO NEGATIVO: QUE NO CONSTITUYA MORADA

A) *Objetos excluidos: la morada habitual*

El elemento negativo de definición del objeto material, que no constituya morada, supone que ha de tratarse de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado. En caso contrario, de constituir una morada; esto es, un ámbito de intimidad de una persona física, el delito que se perfeccionaría sería el contemplado en el artículo 202 del Código Penal, allanamiento de morada, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad, a diferencia de la presente figura delictiva, donde se protege el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el orden público⁵⁷⁴.

personas que comparten unas convicciones. Pero ese objetivo de abrir un debate público sobre los problemas de desempleo en la zona o el mejor uso de la finca ocupada ya se cumplía con la publicidad mediática que tuvo la ocupación y no justifica "en absoluto" su carácter indefinido ni una persistencia que perturba de modo muy relevante y desproporcionado a los propietarios del solar ocupado, en este caso, el Ministerio de Defensa. En relación al delito de desobediencia, el Alto tribunal tiene en cuenta que los acusados acabaron accediendo pacíficamente al desalojo cuando se recurrió a la fuerza policial. Además, en la orden judicial de desalojo no se impuso a los ocupantes el abandono bajo apercibimiento de desobediencia, sino que se ordenó el desalojo de la finca a la fuerza pública, "empleando los medios necesarios para ello", y seguidamente acordó advertir expresamente a los ocupantes de que podrían incurrir en delito de desobediencia grave para el caso de reiteración del hecho una vez desalojados policialmente. Por ello, es el apercibimiento el que limita y precisa el contenido del mandato a los efectos de responsabilidad por delito de desobediencia en caso de incumplimiento, concretando dicha responsabilidad el propio Juzgador sólo en el supuesto de que se hiciese ineficaz el desalojo mediante una nueva incursión en la finca, pero no en el caso de mera continuidad de la protesta social en la forma en que estaba diseñada, es decir como ocupación pacífica de la finca hasta el desalojo policial". SECCIÓN JURISPRUDENCIA DEL DIARIO LA LEY: << Absueltos por desobediencia varios cargos públicos que lideraron la ocupación de una finca militar para reivindicar el problema del paro en la zona (TS, 2ª, S 12 Nov. 2014. Rec. 2374/2013) >> en *Diario La Ley*. Nº 8466, Sección Jurisprudencia, 26 de Enero de 2015, Año XXXVI. Ed. La Ley. Págs., 16-17.

⁵⁷⁴ Vid., CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60...* Op. cit., Pág., 213; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... Op. cit., Pág., 476; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... Op. cit., Pág., 502; BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª. Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 88; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I. Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 504; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* Op. cit., Pág., 239; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. Ed. Dykinson. Madrid, 2012. Pág., 266; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245

>> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 222; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 910; MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963; CALABUIG COSTA, M^a L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 811; MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 960; GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno "okupa" en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 7; RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M^a P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*... *Op. cit.*, Págs., 154-155; GARCÍA PÉREZ, J.J.: << Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal >> en *Revista Sepin*... *Op. cit.*, Pág., 5; ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Pág., 347; HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 293; ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 255; ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 320; CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*... *Op. cit.*, Pág., 253; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, M^a C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 381; CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 224; CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado*... *Op. cit.*, Pág., 541; ORTIZ ÚRCULO, J.C.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Artículo 245 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.M^a, MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13^a edición, Madrid, 2010. Pág., 843; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 9; DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 773; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679; BLANCO PEÑALVER, A.: << Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. K. Usurpación >> en *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal. Tomo II*. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 1652; FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Págs., 1317-1318; DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del "fenómeno okupa" >> en *SepínNET revista. Práctica penal*... *Op. cit.*, Pág., 28; MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*... *Op. cit.*, Pág., 171. "La proximidad de este comportamiento al comportamiento típico del delito de allanamiento de morada es evidente. La nota diferenciadora con dicho delito estriba en la ausencia del carácter de morada del inmueble, vivienda o edificio que se ocupa". SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo V.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.). Ed. Civitas. Madrid, 1997. Pág., 705. "Existe una diferencia en cuanto al objeto material entre el apartado 1 y el 2 del art. 245 CP. Por de pronto en el segundo no se mencionan los derechos reales inmobiliarios, por lo que la usurpación pacífica de los mismos hay que entenderla atípica. Pero también se diferencian en cuanto a que el apartado 2 exige que "el inmueble, vivienda o edificio" "no constituyan morada". Esto no significa que en el apartado 1 tengan que constituir morada, sino que pueden serlo, cosa que en el apartado 2 estaría vetado expresamente... En conclusión, el ataque patrimonial sobre inmuebles constitutivos de morada, dejando al margen el allanamiento, sólo tendría la posibilidad de la protección

En este sentido se pronuncia la Jurisprudencia *menor*⁵⁷⁵.

por vía civil, salvo que concurriese violencia o intimidación o que la conducta fuese subsumible en el art. 246 CP". ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 204. "El inmueble, vivienda o edificio "no deben constituir morada por lo que se configura como un elemento negativo del tipo que sirve para diferenciar este delito de usurpación del art. 245.2 del Código penal del también delito de usurpación del art. 245.1 del citado cuerpo legal y del delito de allanamiento de morada del art. 202 del Código". BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Pág., 24. "La relación existente entre los delitos de ocupación del núm. 2 del art. 245 CP y el allanamiento del art. 202 CP, entiendo que es una relación de exclusión". BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 13. "Este tipo penal se presenta como privilegiado respecto del delito de allanamiento de morada del art. 202, del que se diferencia en que los inmuebles ocupados no constituyen "morada" del titular". GARCÍA PÉREZ, J.J.: << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1801. "El inmueble, la vivienda o el edificio han de ser en todo caso ajenos y, de otra parte, no han de constituir morada, pues entonces sólo se aplicaría, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento, y ello, no por preferencia de este delito en un concurso de leyes, sino por atipicidad en el apartado 2 del artículo 245". MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Pág., 478.

⁵⁷⁵ Así, la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2011/27692): "El delito de ocupación se integra por la concurrencia de los siguientes elementos; en cuanto al... objeto material lo integra la ocupación pacífica de un inmueble, vivienda o edificio, siempre que no sea morada, pues entonces se aplicaría, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento de morada; y la falta de autorización debida... El objeto material, según se ha dicho antes, del delito queda definido por un elemento positivo (la calidad de inmueble y ajeno) y otro negativo (que no constituya morada). La interacción entre ambos elementos es la que caracteriza el objeto material del delito; con la condición negativa se quiere dejar claro que se ha de tratar de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado, pues, en caso de constituir una morada, esto es, un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el contemplado en el artículo 202 del CP, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad". En términos similares, *Vid.*, Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2013/159701); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 22-4-2009, nº 462/2009, rec. 28/2009, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2009/107244); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 24-11-2011, nº 366/2011, rec. 116/2011, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2011/338234); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquivia Bartolomé, Mª Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 17-1-2014, nº 19/2014, rec. 195/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2014/24267); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 7-4-2006, nº 197/2006, rec. 2351/2006, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis (EDJ 2006/296168); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Asturias, sec. 2ª, S 14-6-2013, nº 257/2013, rec. 42/2013, Pte: García-Braga Pumarada, Julio (EDJ 2013/133449); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 3-12-2004, nº 249/2004, rec. 199/2004, Pte: Martínez Ruiz, Tarsila (EDJ 2004/283436); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/197095); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 7ª, S 8-3-2005, nº 158/2005, Pte: Gil Muñoz, Javier (EDJ 2005/339503); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S

29-5-2000, nº 342/2000, rec. 549/1998, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2000/31461); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 30-9-2004, nº 403/2004, rec. 298/2004, Pte: Alhambra Pérez, Pilar (EDJ 2004/278345); Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 2006/439248); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 6-11-2007, nº 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la (EDJ 2007/294401); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 11-4-2008, nº 259/2008, rec. 16/2008, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda (EDJ 2008/87347); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 2-1-2009, nº 731/2009, rec. 519/2007, Pte: Sánchez Cano, Mª Jesús (EDJ 2009/18090); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 144/2006, rec. 87/2006, Pte: Julia Igual, Mª José (EDJ 2006/305439); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 7-2-2006, nº 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio (EDJ 2006/467276); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, Mª Paz (EDJ 2003/191683); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-3-2001, rec. 46/2001, Pte: González Fernández, Javier (EDJ 2001/8637); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 2-7-1998, nº 730/1998, rec. 740/1998, Pte: San Millán Martín, José Antonio (EDJ 1998/21603); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro (EDJ 2003/149138); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael (EDJ 2000/65587); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 10-11-2010, nº 384/2010, rec. 160/2010, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2010/330130); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2012/86783); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2013/220746); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-2-2010, nº 94/2010, rec. 17/2010, Pte: Gurrera Roig, Matilde (EDJ 2010/49246); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 25-4-2013, nº 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2013/294826); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 19-4-2010, nº 243/2010, rec. 105/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396474); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 15-3-2010, nº 88/2010, rec. 45/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396224); Audiencia Provincial de Almería, sec. 2ª, S 27-1-2012, nº 34/2012, rec. 136/2011, Pte: Ruiz-Rico y Ruiz-Morón, Juan (EDJ 2012/349888); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 16-2-2009, nº 72/2009, rec. 8/2009, Pte: Barrales León, Mª de las Maravillas (EDJ 2009/294306); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 22-1-2013, nº 41/2013, rec. 22/2013, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2013/14125); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 15-10-2013, nº 538/2013, rec. 210/2013, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2013/296178); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 77/2013, Pte: Goded Herrero, Beatriz (EDJ 2014/46138); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 16-7-2012, nº 657/2012, rec. 44/2012, Pte: Acevedo Frías, Ángela Ascensión (EDJ 2012/179952); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 7-6-2011, nº 383/2011, rec. 164/2011, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2011/388118); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049).

El objeto material no habrá de constituir, según expresamente se preocupa de matizar la norma, morada en el momento de la ocupación, aunque el ocupante posteriormente sí la destine a ello⁵⁷⁶.

Afirma ROCA AGAPITO que “la ocupación pacífica de inmuebles, viviendas o edificios, no puede tener por objeto la morada de alguien, descartando, por tanto, los inmuebles habitados, las segundas viviendas, los domicilios de personas jurídicas y establecimientos mercantiles abiertos al público, así como las dependencias unidas a todos éstos”⁵⁷⁷.

Para NOGUEIRA GANDÁSEGUI, las características externas del objeto material del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles coinciden con el de allanamiento de morada, el cual servirá de referencia, pues, la única diferencia que existe entre los objetos materiales de ambos delitos es precisamente que esos lugares que son en principio susceptibles de constituir morada, estén excluidos de dicha cualidad; residiendo, por tanto, a juicio de este autor, la diferencia entre ambos objetos materiales “en la voluntad de su titular de desarrollar o no en el lugar los actos más íntimos de su esfera de privacidad”. Postura que compartimos, pero matizamos al exigir además la condición de inmueble, pues, esta última cualidad no es requisito del objeto material del delito de allanamiento de morada a diferencia de la ocupación pacífica de bienes inmuebles⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Vid., MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963. “El hecho de que el objeto material tenga como finalidad el desarrollo de la vida privada no supone necesariamente la exclusión del tipo del artículo 245.2 del Código penal, excepto en el caso en que exista actualidad en el uso, pues, entonces, el delito cometido sería el de allanamiento de morada, pues la redacción del tipo excluye, precisamente, las “moradas” del tipo delictivo”. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* *Op. cit.*, Pág., 125. Así la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, A 17-5-2010, nº 241/2010, rec. 482/2008, Pte: Requena Juliani, Jaime (EDJ 2010/277721) establece: “La referencia a “no constituyan morada” que contiene el precepto no está referida al uso que los usurpadores puedan dar al inmueble; sino al hecho de no tratarse de la “morada” de una persona autorizada para disponer del inmueble. Es decir, se trata de un elemento relevante para delimitar la usurpación del art. 245.2 CP (necesariamente referida a inmuebles que no constituyan morada del propietario o de alguna otra persona autorizada a disfrutar del mismo) del mucho más grave delito de allanamiento de morada”.

⁵⁷⁷ Vid., ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 204.

⁵⁷⁸ Cfr., NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* *Op. cit.*, Pág., 124.

B) Interpretación a sensu contrario del concepto de morada, casa habitada y sus dependencias

La determinación del objeto material del delito de usurpación pacífica de forma excluyente y negativa implica realizar una interpretación *a sensu contrario* del concepto de morada para poder establecer qué es *un inmueble, vivienda o edificio que no constituyan morada*.

El Código Penal no ofrece definición de morada en los artículos en que se alude a la misma por lo que la delimitación del concepto es una labor doctrinal y jurisprudencial.

El término morada aparece recogido en el Código Penal en el artículo 202 referido al allanamiento de morada; en el artículo 241.2 para definir la casa habitada a efectos de tipo cualificado en el delito de robo; en el artículo 20.4 en sede de legítima defensa, como causa eximente de la responsabilidad criminal; y en el artículo 490 con ocasión del allanamiento de la morada del Rey y otras personas de la Familia Real⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ “Para afrontar la cuestión fundamental de delimitar el concepto de morada... será preciso tener en cuenta, en primer lugar, aquellos términos y conceptos que pudieran considerarse equivalentes”. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987. Pág., 45. En relación al allanamiento de morada dispone el artículo 202 CP: “1.- El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2.- Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”. El tipo cualificado de robo en casa habitada se tipifica en el artículo 241.2 y 3 CP: “2.- Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar. 3.- Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física”. En relación a la legítima defensa dispone el artículo 20: “Están exentos de responsabilidad criminal: ... 4º.- El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas”. El allanamiento de la morada del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o sus descendientes, de la Reina consorte, del consorte de la Reina, del Regente, del algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona es una cualificación por razón del sujeto pasivo tipificado en el artículo 490: “1.- El que allanare con violencia o intimidación la morada de cualquiera de las personas mencionadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de prisión de tres a seis años. Si no hubiere violencia o intimidación la pena será de dos a cuatro años”.

Una cuestión añadida que se plantea es si se puede extender el concepto de morada y casa habitada a sus dependencias como acontece con la legítima defensa de la morada y con el tipo cualificado de robo⁵⁸⁰.

a) Morada

El Código Penal no ofrece un concepto de morada. Éste ha de configurarse de acuerdo con las aportaciones de la doctrina científica y de la jurisprudencia, partiendo de la idea básica de que el concepto jurídico-penal de morada es una noción de *hecho* más que de derecho⁵⁸¹.

Por morada, a efectos penales, se entiende el espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas y que está destinado a actividades de la vida privada, propia o familiar. Espacio cerrado en que el individuo pernocte y tenga guardadas sus pertenencias, aunque la utilización del mismo sea temporal (vacacional, pisos en la sierra o en la playa), accidental u ocasional (v. gr., habitación de un hotel). Si la morada a la que se entra está deshabitada, no hay allanamiento, aunque sí puede haber, en su caso, un delito de ocupación de inmuebles; pues, se exige la actualidad de uso. Sin embargo, sí hay allanamiento en el caso de que se encuentre temporalmente deshabitada por cualquier motivo (v. gr., pisos vacacionales, en la sierra, en la playa). Además se

⁵⁸⁰ Vid., LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda >> en *Cuadernos de Política Criminal...* Op. cit., Pág., 297; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 157-158; BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >> en *Cuadernos de Política Criminal...* Op. cit., Pág., 904. “Este concepto de inmueble vacío debe interpretarse *a sensu contrario* de lo que se ha establecido en el artículo 241 al referirnos a “casa habitada””. CALABUIG COSTA, M^a L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... Op. cit., Págs., 811. BLANCO LOZANO aunque no alude expresamente a la necesidad de realizar una interpretación *a sensu contrario* de los conceptos de morada, casa habitada y sus dependencias; tras afirmar que el inmueble no puede constituir morada “ya que si así fuese se estaría ante el delito de allanamiento de morada”, continúa ofreciendo la definición de morada del DRAE y la que el Código Penal ofrece de casa habitada (art. 241.2 CP) y sus dependencias (art. 241.3 CP), en *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1. Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 504.

⁵⁸¹ Vid., SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. Págs., 42-43; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...* Op. cit., Pág., 51; SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año CXVII. Diciembre 1968. Núm., 6. Segunda época. Tomo LVII (225 de la colección). Ed. Reus S.A. Pág., 869.

exige la legitimidad de uso, en el sentido de que el lugar tomado como morada ha de ser poseído en virtud de algún título legítimo⁵⁸².

⁵⁸² Vid., SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público...* Op. cit., Págs., 44-47; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...* Op. cit., Págs., 47-51; SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia...* Op. cit., Págs., 869-871. “No se exige que el uso de la morada sea actual, es indiferente que en el momento del allanamiento esté o no el morador, o que resida en ella de un modo temporal u ocasional”. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... Op. cit., Págs., 904-905. “En la regulación que el anterior Código penal hacía de este delito [allanamiento de morada] existía un único objeto material: la morada ajena... En la nueva regulación del allanamiento de morada aparecen dos distintos objetos de protección. Por un lado la clásica morada y por otro, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público. La introducción de este nuevo objeto responde a la discusión doctrinal que originó la anterior regulación donde el delito de allanamiento de morada aparecía en el Título XII bajo la rúbrica “De los delitos contra la libertad y la seguridad”. Si la doctrina y la jurisprudencia entendían por morada aquel espacio físico donde la persona desarrolla determinadas funciones personales, familiares, domésticas que la persona tiene reservada para sí, el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada no sería tanto la libertad sino la intimidad, y por ello se propuso una ubicación sistemática en el título de los delitos contra la intimidad además de extender esa protección al domicilio de personas jurídicas públicas o privadas, despachos profesionales u oficinas, establecimientos mercantiles o locales abiertos al público fuera de las horas de apertura”. BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 158-159. Vid., JORGE BARREIRO, A.: << Capítulo 27.- Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sección 2ª.- Allanamiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 878-879; JORGE BARREIRO, A.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 203 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VII. Títulos IX, X, XI y XII del Libro II del vigente Código penal español. Artículos 195 a 233*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2003. Págs., 331-340. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Págs., 274-276. “La polémica acerca de la inclusión o no de los espacios destinados a la actividad profesional (bufetes, despachos...) de la persona debe resolverse afirmativamente, ya que en esos locales el profesional ejercita (en un marco personal y privado) un cometido que le permite desarrollar su personalidad. Con otras palabras, puede afirmarse que comete el delito de allanamiento de morada, al atentar contra la intimidad personal, quien entra o permanece en un local profesional contra la voluntad de su titular. Esta cuestión no se suscita en la doctrina penal de otros países (como la República Federal de Alemania, Austria y Portugal), al reconocerse expresamente en las legislaciones penales de los mismos que los locales de negocio y los destinados al ejercicio de una profesión o industria integran la parte objetiva del tipo de injusto del delito de allanamiento”. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...* Op. cit., Pág., 49. Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, “el artículo 203... contiene, como gran novedad, la incriminación expresa del allanamiento de ciertos lugares (domicilio de personas jurídicas, despachos profesionales u oficinas, y establecimientos mercantiles o locales abiertos al público fuera de las horas de apertura)... En estos lugares legalmente protegidos, como señala el TS (STS 3º de noviembre de 1999), “se guardan documentos u otros efectos cuyo descubrimiento puede lesionar la intimidad de las personas que sean titulares de los mismos o que sencillamente desempeñan en ellos una actividad laboral”. Lo que sucede con la figura delictiva prevista en el artículo 203 del Código Penal es que se trata de proteger penalmente ciertos ámbitos de intimidad, como los relativos al contexto profesional o mercantil, aunque con una intensidad punitiva menor que merece la intimidad personal y familiar de las personas físicas, la cual se tutela directamente a través del artículo 202 del Código Penal”. JORGE BARREIRO, A.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 203 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VII. Títulos IX, X, XI y XII del Libro II del vigente Código penal español. Artículos 195 a 233*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... Op. cit., Págs., 331-333. Establece la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, A 29-1-2007, nº 379/2007, rec. 9/2007, Pte: Sainz de Robles Santa Cecilia, Celia (EDJ 2007/49607): “En efecto, la interpretación del delito del párrafo segundo del artículo 245.2 del Código Penal, de ocupación de inmuebles que no constituyan morada, sin violencia o intimidación, pero sin autorización debida, o de mantenimiento en ellos contra la voluntad de su titular, no puede hacerse sólo literalmente, como parece sostener la parte apelante. La interpretación, pues, además de literal, sistemática en relación con el allanamiento de morada, cuya preferente aplicación indica el artículo 245.2, y teleológica, concluye poniendo de

El concepto penal de morada se equipara con el concepto de domicilio en sentido constitucional (que es el protegido penalmente), y concretado en el derecho a la intimidad. El concepto penal de domicilio es más extenso que el que nos proporciona el Código Civil al no exigirse la habitualidad (“residencia habitual”, dice el art. 40 CC), y ampliándose a todo espacio cerrado en que el individuo pernocte y tenga guardadas sus pertenencias, aunque la utilización del mismo sea temporal, accidental u ocasional (v. *gr.*, la habitación de un hotel)⁵⁸³.

manifiesto que los hechos que se han denunciado no presentan la apariencia de un delito contra el patrimonio del denunciante, de un delito de usurpación. La distinción entre esta figura y la del delito de allanamiento de morada de los artículos 202 y siguientes del Código Penal, que tipifica la conducta del particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, sin, o con, violencia o intimidación, y que extiende la protección penal, por expresa disposición del artículo 203, al domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público, frente a la entrada o la permanencia en los mismos contra la voluntad de su titular, la distinción, en efecto, se hace necesaria al objeto de evitar la conclusión a que se llegaría en caso contrario, de que la ocupación del artículo 245 representa una mera variante atenuada o privilegiada del allanamiento de morada, puesto que la Ley señala a aquel delito una pena de inferior gravedad que a éste. Pero la interpretación establece que los delitos no son variantes el uno del otro carentes de autonomía, sino que tienen distinto objeto, que los espacios protegidos son distintos en uno u otro delito y que, por tratarse de un delito patrimonial, el titular del bien jurídico protegido en el caso de la ocupación es quien lo sea de la propiedad. En el allanamiento de morada que, en cambio, es en la Ley un delito contra la intimidad (y tal concepto incluye en el Código Penal también al local de negocios), la víctima no es el dueño o propietario del espacio protegido, sino el titular de la actividad cuya intimidad ha resultado ofendida por el allanador. Así pues, la protección que el artículo 245.2 del Código Penal dispensa se circunscribe a inmuebles que no constituyan morada. De serlo, habría de venir en aplicación preferente el delito de los artículos 202 y siguientes del Código Penal. Por tanto, el local de negocio, que tiene la consideración normativa de morada, no puede ser objeto material del delito de ocupación de inmuebles y excluye ya de inicio la aplicación del artículo 245.2 del Código Penal. De manera que si la vivienda fuese morada habitada por un arrendatario, el mantenimiento en la misma, esto es, la falta de abandono, resultaría atípica”.

⁵⁸³ Dispone el artículo 40 CC: “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil. El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español”. Por su parte, disponen los apartados 1 y 2 del artículo 18 de la Constitución Española: “1.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2.- El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. “Por lo que se refiere al domicilio, tampoco es posible su equiparación con el término “morada”, ya que la acepción utilizada por el Derecho Civil como “lugar de residencia habitual de la persona” es mucho más restrictiva que la de morada”. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 905. “El concepto de domicilio del artículo 18.2 CE no coincide con su acepción en el Derecho Privado y, especialmente, con el artículo 40 CC como punto de localización de la persona. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido perfilando una noción del domicilio del artículo 18.2 CE, cuyo objeto de protección es el desenvolvimiento de la vida privada de la persona más allá de la sede física... El Tribunal Constitucional ha entendido... que si son domicilio: una vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5); o una habitación de hotel (STC 10/2002...), o las habitaciones de una residencia militar (STC 189/2004...)”. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Derecho Civil I.- Introducción al Derecho Civil. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Negocio jurídico...* *Op. cit.*, Págs., 292-293. “Ante la inexistencia de un concepto constitucional de domicilio, y dadas las limitaciones del concepto recogido en el artículo 40 del

Así, según Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se han considerado morada: una cueva, una choza, las tiendas de campaña, los coches remolque, las caravanas, los camarotes de una embarcación de recreo, departamento de coche-cama, la furgoneta-caravana, la roulotte, la habitación de un hotel o de una

Código Civil, se va identificando progresivamente el "domicilio" al que se refiere el art. 18.2 CE con el concepto jurídico penal de "morada", objeto de una mayor depuración doctrinal y jurisprudencial, y que ofrece además la ventaja de caracterizar al espacio físico en el que se desenvuelve la vida privada". SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público... Op. cit.*, Págs., 24-25. "Existe, en efecto, acuerdo en que la "morada" del artículo 202 CP no coincide con el concepto jurídico civil de domicilio de las personas naturales... Con el término "morada" se alude... más a una situación de hecho que de derecho que, además no exige en absoluto la nota de "habitualidad"... Habría, por el contrario, amplia coincidencia (siempre de conformidad con la doctrina española mayoritaria) entre el concepto jurídico penal de morada y el concepto "constitucional" de domicilio... dada la vinculación, mayoritariamente aceptada, entre los derechos fundamentales reconocidos en los números 1 y 2 del artículo 18 CE ("intimidad personal y familiar" e "inviolabilidad del domicilio"), respectivamente y ante la ausencia de un concepto específico de "domicilio", se determina el alcance de este último recurriendo al concepto jurídico penal de morada. Cabría, pues, entender como términos sinónimos la "morada" del artículo 202 CP y el "domicilio" del artículo 18.2 CE (y en cuanto desarrollo del derecho fundamental aquí reconocido, el de los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 534, número 1, apartado 1º del Código Penal)". SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público... Op. cit.*, Págs., 42-43. "Lo relevante a efectos penales no es la sede legal, sino la sede real de la persona... Lo importante no es el lugar elegido para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, que... puede resultar desvinculado de la presencia física de la persona, sino la esfera espacial efectivamente tomada por el sujeto para el desarrollo de los actos propios de la vida privada". SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia... Op. cit.*, Págs., 868-869. *Vid.*, Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 31-5-1999, nº 94/1999, BOE 154/1999, de 29 de junio de 1999, rec. 1090/1995, Pte: Vives Antón, Tomás S. (EDJ 1999/11259): "Dicho de otro modo, ha de ser considerado un "domicilio" a efectos de protección constitucional, porque en él era posible que la persona o personas que tenían su posición y disfrute, es decir legítimo acceso y uso, vivieran sin estar sujetos necesariamente a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima (STC 22/1984, fundamento jurídico 5º). Este concepto constitucional de domicilio, lo hemos repetido, es más amplio que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo, ambos funcionales a otros fines distintos de la protección de la intimidad y la vida privada, y no admite concepciones reduccionistas, como la analizada, que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación". Y Tribunal Constitucional Pleno, S 17-1-2002, nº 10/2002, BOE 34/2002, de 8 de febrero de 2002, rec. 2829/1994 (EDJ 2002/374): "Con carácter general, como acabamos de recordar, hemos declarado que "el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6). A esta genérica definición hemos añadido una doble consecuencia para el concepto constitucional de domicilio, extraída del carácter instrumental que la protección de la inviolabilidad domiciliaria presenta en la Constitución respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, y deducida también del nexo indisoluble que une ambos derechos: en primer término, que "la idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones"; en segundo lugar, que el concepto constitucional de domicilio tiene "mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5), y no "admite concepciones reduccionistas -... como las- que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación" (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5)".

pensión, las habitaciones arrendadas por terceros en domicilios particulares y pensiones⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Págs., 10-11; JORGE BARREIRO, A.: << Capítulo 27.- Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sección 2ª.- Allanamiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 875. "La noción de morada debe ser entendida del mismo modo que en el delito de allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal... configurando la dicción legal un elemento negativo del tipo mediante la expresión "que no constituya morada"". GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >>... *Op. cit.*, Pág., 398. "Para dotar de contenido al mencionado elemento negativo del tipo, la morada ha sido definida como el lugar privado donde el sujeto vive y desarrolla actividades personales vinculadas con la intimidad, como así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional (*ad exemplum*, Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero). También, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1995 precisa que la morada no es solamente lo anterior, sino además el ámbito cerrado erigido por la persona con el fin de desarrollar alguna actividad". BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 25. "Los inmuebles no han de ser morada. Gran parte de la doctrina y gran parte de la jurisprudencia actuales conceden a la morada un concepto amplio, entendiéndola como: Todo espacio delimitado destinado por la persona para desarrollar su intimidad (personal y familiar) frente a interferencias personales y sociales por ella no deseadas, convirtiéndolo así en reducto intraspasable para aquellas personas a las que el titular no otorgue, expresa o tácitamente, la debida autorización de entrada o mantenimiento". HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Págs., 162-163. "En cuanto al objeto material... coincidimos con el último autor [Baucells i Lladós] en que el concepto de morada debe ser interpretado de acuerdo con el bien jurídico protegido del artículo 245.2, excluyendo una noción relacionada con la intimidad al ser ésta el objeto y el bien protegido en los delitos de allanamiento de morada. Esta puntualización es importante, dado que al ocuparse inmuebles que nunca han estado ocupados, o que se encuentran en situación de abandono, no pueden ser considerados como morada, en el sentido patrimonial del término". OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... *Op. cit.*, Pág., 63. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 19-5-1999, nº 824/1999, rec. 4073/1997, Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDJ 1999/10010): "Aunque el concepto del domicilio sea constitucionalmente más amplio que el concepto jurídico, privado o administrativo, y así se declaró ya por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia 22 de 1984, ha de llegarse al concepto de domicilio inviolable únicamente cuando se trate de un espacio en el cual la persona viva sin estar sujeta necesariamente a los usos y convencionalismos sociales, ejerciendo ahí su libertad más íntima. Por ello, a través del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado sino también lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Numerosísimas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ratifican, completan y especifican la naturaleza del domicilio particular, como espacio físico amparado por el artículo 18.2 de la Constitución, en donde se ejerce la privacidad de cada uno y se proyecta el "yo anímico" de la persona, en múltiples direcciones. De acuerdo con el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Roma de 1950, y de acuerdo también con el artículo 17 del Pacto Internacional de Nueva York [de Derechos Civiles y Políticos], sirve para cobijar aquel concepto cualquier local por humilde y precaria que sea la construcción en donde viva la persona, las personas o la familia, incluso en concepto de residencia temporal, desde la "roulot", la tienda de campaña o la chabola, hasta el mayor de los palacios. Cualquier ámbito espacial limitado, que el sujeto escoge y elige, y que por lógica ha de quedar exento o inmune de las agresiones exteriores, sea un particular, sea la Autoridad". Dispone la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, A 22-12-2009, rec. 144/2009, Pte: Soriano Vela, Francisca, (EDJ 2009/375307): "Reiterada e inveterada jurisprudencia configura la naturaleza del domicilio particular como espacio físico, que ampara el artículo 18.2 CE, en donde se ejerce la privacidad de cada uno y se proyecta el "yo anímico" de la persona en múltiples direcciones. De acuerdo con los artículos 8.1 convenio de Roma de 4-11-50 y 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-66, sirve para cobijar aquel concepto cualquier local por humilde y precaria que sea la construcción en donde viva la persona, o la familia".

b) Casa habitada

*“Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar”*⁵⁸⁵.

La llamada “segunda vivienda”, “vivienda de temporada”, “segunda residencia” o “vivienda de fin de semana”, ha de considerarse casa habitada, siendo irrelevante que los sujetos activos se cerciorasen previamente de la ausencia de los habitantes, porque por casa habitada ha de entenderse la destinada a habitación de sus moradores, aunque tan solo lo sea en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de manera permanente, ya que cualquier persona puede tener más de una morada, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de presentarse en cualquier momento el morador ausente⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Interpretación auténtica, artículo 241.2 del Código Penal.

⁵⁸⁶ ORTIZ ÚRCULO, J.C.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico. Artículo 241 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Pág., 824; LLOBET ANGLÍ, M.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales. Sección 2ª.- Robo con fuerza en las cosas >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 966. “Si la ocupación del inmueble se realiza en una casa habitada, es decir, cualquier albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella (art. 241.2), se cometería entonces el delito de allanamiento de morada castigado con pena más grave (art. 202)”. CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio... Op. cit.*, Pág., 253. “No puede contraponerse el concepto “abandonado” al de habitado, porque el inmueble habitado será casi siempre la morada de una persona (no olvidemos que dentro del allanamiento de morada se encuadran los que se realizan de las moradas de temporada)”. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos... Op. cit.*, Pág., 171. “Problemáticos son a este respecto los chalets y residencias veraniegas fuera de temporada, que son casas vacías, pero potencialmente habitables en cualquier momento (fines de semana, domingos, etc.). La jurisprudencia ha hecho una interpretación extensiva en base a que el precepto habla también de casa habitada, aunque “accidentalmente” se encuentren fuera los moradores, y ha considerado que en estos casos [chalets y residencias veraniegas] siempre es aplicable la cualificación”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 378. Así el Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 28-6-2001, nº 1272/2001, rec. 172/2000, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2001/13872) establece: “El Código penal de 1995 contiene una definición legal de lo que debe entenderse por casa habitada como “todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar”. Para mejor comprensión del concepto de casa habitada ha de tenerse en cuenta que el Código señala, como presupuesto de la agravación, su realización en casa habitada o en edificios o locales abiertos al público y sus dependencias. Sugiere el recurrente que la agravación sólo concurre cuando la vivienda en la que se realiza la acción estuviera habitada de continuo, excluyendo de su comprensión las denominadas viviendas de temporada. Esa interpretación se compaginaba mal con el fundamento de la agravación que radica en la lesión a la intimidad personal o familiar (STS 7.4.95) y en el incremento de riesgo que supone su realización en una vivienda a la que pueden concurrir, en cualquier momento, sus moradores con el consiguiente riesgo a bienes jurídicos de carácter personal.

c) *Morada y casa habitada: ¿un mismo concepto?*

Una cuestión que se plantea es si son equiparables, si gozan del mismo significado, los conceptos de morada, y casa habitada utilizados por el Código Penal⁵⁸⁷.

Ese fundamento es de aplicación a las casas de temporada que pueden ser ocupadas en cualquier momento y en las que el ataque a la intimidad personal o familiar subsiste pese a que los autores se hubieran cerciorado de la imposibilidad de su ocupación por los moradores. Así lo hemos declarado reiteradamente, por todas STS 629/98 de 8 de mayo, al recordar que la "*ratio essendi*" de la agravación consiste no sólo en la peligrosidad del robo en casa habitada, pues a la misma pueden acudir en cualquier momento sus moradores aunque se hubiera comprobado su ausencia anterior inmediata, como también en la mayor antijuridicidad que acompaña al ataque al patrimonio como lo constituye al ataque al marco de intimidad merecedor de una protección añadida". Recoge la Jurisprudencia del TS la Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 18-11-2010, nº 540/2010, rec. 851/2010, Pte: Montardit Chica, Mª Concepción (EDJ 2010/337974): "En el concepto de casa habitada se incluyen las denominadas "viviendas de temporada " (STS 1272/01, de 28 de junio), siendo irrelevante el que los sujetos se cercioraran previamente de la ausencia de los habitantes (SS 3/3/89, 15/3/91 y 4/3/92), porque por casa habitada ha de entenderse la destinada a habitación de sus moradores aunque tan sólo lo sea en "fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de manera permanente" (SS 29/3/86 y 19/5/86), ya que cualquier persona puede tener más de una morada, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de "presentarse en cualquier momento el morador ausente", es decir, que con este simple dato se cumple la verdadera *ratio legis* de la norma agravatoria que no es otra que, además de ataque a los bienes ajenos es ataque a la morada y la mayor peligrosidad que ello supone (SSTS 28/9/1987 y 29/10/87, y 21/4/89 y 14/7/89)".

⁵⁸⁷ "El concepto de casa habitada coincide con el de morada, aunque el artículo 241.2, no exige la actualidad en el uso de la misma en el momento en que se realice el robo". MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996. Pág., 335. "El concepto de casa habitada suele identificarse con el de morada... pero el nuevo Código penal recoge en el número 2 de su artículo 241 una definición auténtica... La jurisprudencia considera que tal descripción comprende las llamadas segundas viviendas o viviendas de temporada, pues también en relación con ellas concurren el ataque a la intimidad y el riesgo personal, sin olvidar que el propio texto legal prevé las situaciones de ausencia accidental". MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 241 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2005. Págs., 182-183. "En cuanto al significado que debe asignarse a la expresión "morada", se advierten al menos tres criterios en este sentido. Algunos autores parecen inclinarse a asumir la amplia noción de morada acuñada por la doctrina y la jurisprudencia al delimitar este concepto en el delito de allanamiento de morada. Por otra parte Quintero Olivares emplea la noción de "morada" como casa habitada (que extrae del art. 241 CP relativo al robo con fuerza en las cosas), que en algunos supuestos resulta más restringida que la que la doctrina y la jurisprudencia realizan de la noción de "morada" a los efectos del delito de allanamiento. Incluye Quintero en este delito las ocupaciones de viviendas de utilización sólo temporal, esto es, aquellas que mayoritariamente, en términos temporales, están vacías. Pero esta solución llevaría en estos supuestos a plantear un concurso entre estos delitos, cuando al ocuparse viviendas que se habitan sólo temporalmente, se considere también que hay allanamiento de morada, debido a que a los fines del artículo 202 CP estas viviendas también son consideradas "morada". Emplear la noción de morada como lo hace el primer grupo señalado evita esta complicación. Baza de la Fuente ante la ausencia de una definición legal de morada, y la diversa extensión asignada a los conceptos de "morada", "casa habitada" y "domicilio" utilizados por el CP, entiende que lo adecuado sería poner este concepto en relación con el bien jurídico protegido en cada delito, en este caso la propiedad". BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 12-13.

Sostiene BAZA DE LA FUENTE, siguiendo a JORGE BARREIRO, que en la doctrina hay dos tesis fundamentales: la del sector doctrinal que considera que morada y casa habitada son una misma cosa con respecto a los efectos de la aplicación de la ley penal; y la que mantiene que toda casa habitada es morada, pero no que toda morada sea casa habitada, al apreciarse el delito de allanamiento de morada cuando se realiza en lugares que si bien no tienen la consideración de *casa* (v. gr., tienda de campaña, camarotes de una embarcación de recreo, roulotte...) es el sitio elegido por el sujeto para desarrollar su vida personal⁵⁸⁸.

Dado que el objeto material en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles se determina por tres elementos: dos positivos (el carácter de inmueble y la ajenidad) y otro negativo (que no constituya morada); consideramos una discusión bizantina, a los efectos del delito del artículo 245.2, plantearnos si morada y *casa* son equiparables en todos aquellos supuestos en que la morada no tenga la consideración de inmueble; pues, no dándose tal elemento positivo del objeto material nos es absolutamente irrelevante si puede o no considerarse morada, pues, nunca podría ser objeto material del delito al carecer de la condición de inmueble.

d) Morada y casa habitada: ¿utilización permanente o meramente temporal?

A efectos del delito de allanamiento la protección penal se extiende aunque la utilización de la morada sea temporal (vacacional, pisos en la sierra o en la playa), accidental u ocasional (habitación de un hotel). Lo mismo puede decirse con ocasión del delito de robo (en relación con la casa habitada), respecto de la “segunda vivienda”, “vivienda de temporada”, “segunda residencia” o “vivienda de fin de semana”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Vid., BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 905; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...* *Op. cit.*, Págs., 45-46; JORGE BARREIRO, A.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 202 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VII. Títulos IX, X, XI y XII del Libro II del vigente Código penal español. Artículos 195 a 233*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2003. Págs., 308-309; LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda >> en *Cuadernos de Política Criminal...* *Op. cit.*, Pág., 297-298.

⁵⁸⁹ “De la actualidad del uso no se deriva la exigencia de que el morador esté en el lugar en el momento del delito, ni la nota de permanencia continuada”. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...* *Op. cit.*, Pág., 50. “Supuesta la actualidad de uso, carece de relevancia el que la relación de la persona con la esfera espacial sea permanente o temporal... No es menester, por lo demás, una presencia *in situ* del

En relación a la ocupación pacífica se plantea la cuestión de si pueden ser objeto material del delito los inmuebles de utilización temporal que gran parte del tiempo están vacíos. NOGUEIRA GANDÁSEGUI sostiene en relación a las segundas residencias, empleadas, frecuentemente, como viviendas de verano o de temporada, que “si ésta es invadida durante la época en que es usada, no cabe duda de que estaríamos ante un

sujeto pasivo en el momento del delito”. SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia...* Op. cit., Págs., 870-871. Así establece el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 27-4-2009, nº 451/2009, rec. 10761/2008, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2009/62587): “Juan Carlos... sabiendo que los hermanos Raúl y Francisco Javier disponían de una casa de campo propiedad de su padre, Antonio, ubicada a varios kilómetros de la ciudad, donde solían residir *finas [de semana] y en temporada estival*, pero que no iba a ocuparlos días siguientes, se dirigió a ella para ocultarse. Tras encontrar dicha finca, que apenas había visitado, forzó la portada de entrada, ocultó el vehículo al exterior y forzando la puerta trasera accedió a su interior, donde se ocultó hasta las 13 horas del 14.05.2006, en el que fue encontrado y detenido por agentes de policía... Condenar al mismo como autor de un delito de allanamiento de morada... Debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación por infracción de Ley”. La Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-10-2008, nº 1069/2008, rec. 296/2008, Pte: Gurrera Roig, Matilde (EDJ 2008/258878): “Probado y así se declara que en fecha no determinada, pero anterior y no muy lejana al 11 de febrero de 2003, Luis Miguel, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, entró por la ventana del chalet... amueblado y con comida, situado en la calle... de la localidad de Los Molinos (Madrid), viviendo en él, sin el consentimiento de su propietaria Ana María, *que lo utiliza como residencia de fin de semana y en periodos vacacionales*, siendo sorprendido sobre las 14:35 horas del citado 11 de febrero por agentes de la Policía Local... en los alrededores del mismo, a los que manifestó que, en efecto, había entrado en el chalet para dormir porque tenía problemas económicos y no tenía donde alojarse. II.- Asimismo, en fecha no determinada, pero anterior y no muy lejana al 28 de marzo de 2003, Luis Miguel, rompió tres cristales y forzó las contraventanas del chalet de la calle... de la localidad de Los Molinos, valorándose estos daños en 60 euros, entrando a vivir en él, sin el consentimiento de su propietaria Margarita, que lo utiliza *como residencia de fin de semana y en periodos vacacionales*. Allí estuvo haciendo vida... Y cuya parte dispositiva dice literalmente lo siguiente: “Que debo condenar a Luis Miguel como autor responsable de un delito de allanamiento de morada del artículo 202.1 y 2 del Código Penal... Asimismo, le debo condenar como autor responsable de dos delitos de allanamiento de morada del artículo 202.1 del Código Penal... Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación... en el sentido dejar sin efecto las penas impuestas a Luis Miguel que se sustituyen por las siguientes: por el delito de allanamiento de morada del art. 202.1.2 del CP se le impondrá... por cada uno de los dos delitos de allanamiento de morada del art. 202.1 del CP, se le impondrá... confirmando el resto de la sentencia”. Otro ejemplo lo ofrece la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 28-3-2007, nº 70/2007, rec. 36/2007, Pte: Prada Bengoa, Pilar de (EDJ 2007/86240) confirmando sentencia del Juzgado de Menores, al decir: “Por el Juzgado de Menores núm. 2 de Menores con fecha 3-11-06 se dictó sentencia cuyos “Hechos Probados” dicen: “Primero.- 1) En día no concretado a finales de noviembre y principios de diciembre del 2003, el menor Juan Alberto, junto con otros menores y mayores de edad, a los que no afecta este expediente, puestos de común acuerdo, y con ánimo de enriquecimiento injusto accedieron, tras saltar la valla que la circunda y violentar la contraventa y cristal de la vivienda, en la vivienda propiedad de Domingo sita en la Avda. del Generalísimo de La Cabrera y *que utiliza en periodos vacacionales*. Una vez dentro los menores se apoderaron de diversos efectos y consumieron bebidas que allí se encontraban. 2) Posteriormente y aprovechando que ya habían accedido a ella, el menor Juan Alberto, en unión de otros jóvenes, se introdujeron en la vivienda para permanecer en ella durante un tiempo y con ánimo de causar destrozos y puestos de común acuerdo con los demás clavaron una espada en una silla y rompieron otros enseres causando desperfectos tasados en menos de 400 euros... Y cuyo “Fallo” dice: “Que debo declarar y declaro al menor Juan Alberto autor responsable de un delito de robo con fuerza, allanamiento de morada y una falta de daños”... Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la defensa del menor Juan Alberto, contra la sentencia de fecha tres de noviembre de dos mil seis, dictada por el Juzgado de Menores núm. 2 de Madrid, en el Expediente núm. 427/04, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución”.

allanamiento de morada, toda vez que, en ese momento, sí se desarrollan actividades privadas dignas de la especial protección que les dispensa el artículo 202, frente a la invasión de estas mismas viviendas cuando no están actualmente siendo utilizadas, pues, en este caso, difícilmente puede vulnerarse la privacidad de unos sujetos que, dadas las características personalísimas de este derecho, no la desarrollan en ese momento dentro de tal vivienda”. De la misma opinión MANZANARES SAMANIEGO, QUINTERO OLIVARES Y GONZÁLEZ CERRÓN⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 126. QUINTERO OLIVARES sostiene que “la aplicación de las tipicidades previstas en el presente artículo [245.2 CP] presupone que el objeto de la ocupación no es una casa habitada, en el sentido dado a esta denominación... Por lo tanto... pueden ser objeto de las dos modalidades del presente delito las viviendas de utilización sólo temporal, esto es, aquellas que mayoritariamente, en términos temporales, están vacías”. QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 75; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 660. GONZÁLEZ CERRÓN recoge lo anteriormente expuesto por QUINTERO OLIVARES al afirmar: “Las dos modalidades del tipo que se considera pueden recaer sobre viviendas de utilización temporal en cuanto dichas viviendas “mayoritariamente, en términos temporales estén vacías” según señala Quintero Olivares”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* Op. cit., Pág., 398. “Lo mismo sucede (dado el amplio concepto jurisprudencial de morada, que incluye en principio la segunda vivienda) cuando se pretende que pueden ser objeto de usurpación “las viviendas de utilización sólo temporal, esto es aquellas que mayoritariamente, en términos temporales, están vacías”. Todo depende, valga insistir, de la amplitud con que se interprete la noción de morada”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 910. “Pueden ser objeto de la modalidad que nos ocupa [art. 245.2 CP] las viviendas de utilización o uso temporal, aunque se hallen vacías durante amplios períodos, como segundas viviendas o aquellas recién construidas a la espera de un comprador”. DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepínNET revista. Práctica penal...* Op. cit., Pág., 28. La Jurisprudencia menor considera que tratándose de una segunda residencia o de temporada, nos encontramos ante una infracción del artículo 245.2 del Código Penal y no de allanamiento de morada en las siguientes resoluciones. Vid., Audiencia Provincial de León, sec. 1ª, S 12-5-2004, nº 122/2004, rec. 5193/2003, Pte: Lozano Gutiérrez, Alfonso (EDJ 2004/47445); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, A 22-4-2010, rec. 95/2010, Pte: Mir Puig, Carlos (EDJ 2010/124488); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 29-5-2012, nº 303/2012, rec. 96/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco (EDJ 2012/215038); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 13-12-2011, nº 274/2011, rec. 345/2011, Pte: Calderón Susín, Eduardo (EDJ 2011/303702); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-10-2011, nº 861/2011, rec. 194/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261929); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2012/119783); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 14-10-2011, nº 850/2011, rec. 179/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261916); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 4-2-2005, nº 109/2005, rec. 374/2004, Pte: Chacón Alonso, Mª Teresa (EDJ 2005/176781); Audiencia Provincial de Segovia, S 29-10-1998, nº 97/1998, rec. 87/1998, Pte: Palomo del Arco, Andrés (EDJ 1998/32082); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 25-4-2013, nº 358/2013, rec. 10/2013, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2013/137679); Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 24-2-1998, nº 64/1998, rec. 728/1997, Pte: Hormazábal Malarée, Hernán (EDJ 1998/9270); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 19-2-2010, nº 53/2010, rec. 27/2010, Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2010/311376); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 6-9-2013, nº 403/2013, rec. 695/2013, Pte: Paredes Sánchez, Fernando (EDJ

Sostenemos la opinión de que si el tipo penal contiene un elemento negativo (que no constituya morada) que implica realizar una interpretación *a sensu contrario* del concepto de morada (que sea bien inmueble) y de casa habitada; las viviendas de utilización temporal, *en principio, no podrán ser objeto de usurpación pacífica* dado que la entrada o el mantenimiento en las mismas sin la autorización debida daría lugar al delito de allanamiento de morada; pues, es plenamente factible que un particular disponga de más de una morada⁵⁹¹.

2013/189864); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049).

⁵⁹¹ “La consideración de la morada como aquel espacio donde la persona desarrolla sus actividades personales, familiares, etc., permitirá asimismo afirmar que el particular no dispone solamente de una morada. Precisamente en este sentido se admitiría que la “segunda residencia” tuviera la consideración de morada, castigándose su ocupación al amparo del artículo 490 [en la actualidad art. 202 CP]. Esta posición se ve reforzada por el hecho que la doctrina y la jurisprudencia no exigen que se more allí de forma permanente, ni circunscriben el concepto de morada al sitio donde se pernocta. En consecuencia, el concepto de morada no exigirá una utilización permanente de dicho espacio, pero sí exigirá que ésta esté destinada a alguna actividad íntima, personal, o familiar, que sea necesario salvaguardar por el Derecho penal”. LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda >> en *Cuadernos de Política Criminal...* Op. cit., Pág., 298. “La vivienda puede ser una morada sin ocupación permanente, siempre que el titular del derecho haya constituido en ella su residencia, pues hay que tener presente los casos de personas con necesaria residencia en dos o más sitios. La morada conceptuada en este tipo es diferente al del art. 202 CP, tipo penal para el cual es irrelevante que su titular esté realmente habitándola en el momento de la comisión del delito”. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio...* Op. cit., Pág., 575. Dispone la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 7-3-2014, nº 212/2014, rec. 28/2014, Pte: Martínez Zapater, Luis Fernando (EDJ 2014/50727): “El tipo legal exige que el inmueble, vivienda o edificio objeto de ocupación no constituyan morada ajena, lo que diferencia este delito del de allanamiento de morada. El concepto jurídico penal de morada incluye cualquier espacio, construcción o local en donde viva la persona, con abstracción de que su titular se encontrara, *de forma temporal*, ausente de la misma, conforme debe colegirse de la interpretación jurisprudencial del artículo 202 del Código Penal. Tal y como se recoge en el relato fáctico de la sentencia, *la vivienda en la que se produjeron los hechos se encontraba temporalmente desocupada...* El inmueble, por lo expuesto, constituía en el momento de los hechos la morada de la denunciante. No concurren los elementos del tipo delictivo del artículo 245.2 del CP *Los hechos pudieron resultar constitutivos de otros ilícitos penales*”. La Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 11-7-2013, nº 374/2013, rec. 20/2013, Pte: Gayarre Andrés, Mª Eugenia (EDJ 2013/190299), desestima el recurso de apelación interpuesto por Porfirio y Felicidad contra la sentencia de fecha 14 de marzo de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Menores núm. 1 de Alicante, en el Expediente de Reforma núm. 29/2012, confirmando dicha resolución, en la que se impuso a los menores Porfirio y Felicidad como autores responsables de un delito de allanamiento de morada, la medida de ocho meses de libertad vigilada para cada uno. Dispone la Audiencia Provincial: “El fallo de la sentencia condena a los menores como autores responsables de un delito de allanamiento de morada penado en el art. 202 del CP que castiga al particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena si bien el recurrente califica los hechos como un delito de usurpación de bien inmueble penado en el art. 245.2 del CP que castiga al que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificios ajenos que no constituya morada... La cuestión planteada en el recurso radica en determinar si la vivienda sita en CALLE000 n º NUM000 de la partida de San Joan de la localidad de Denia y en la que entraron los menores pernoctando en la misma desde mediados de diciembre del 2011 hasta el día 4/01/12 tiene la consideración o no de morada (domicilio) de Pedro Francisco a los efectos del art. 202 del CP. Recordemos con la STS de 19 de junio de 2012 que según ha declarado el Tribunal Constitucional, resaltando el carácter de base material de la privacidad (STC. 22/84), el domicilio es un “espacio apto para desarrollar vida privada” (STC. 94/99 de 21.5), un aspecto que “entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad”, “el reducto último

Por el acierto que advertimos en los argumentos que emplea MANZANARES SAMANIEGO, con ocasión de la determinación o no de la existencia de casa habitada, consideramos que los mismos son aplicables a fin de poder determinar si el inmueble constituye o no morada, y por lo tanto, objeto material del delito de allanamiento o de ocupación pacífica: “la ausencia temporal no puede identificarse con la presencia esporádica, por lo que habrá de aplicarse o no la... [consideración del inmueble como morada] *caso por caso*, distinguiendo entre el alejamiento circunstancial y la presencia ocasional reducida al mínimo”⁵⁹².

La generalizada y a nuestro parecer errónea interpretación del principio de intervención mínima, en relación al artículo 245.2 del Código Penal, para excluir la intervención penal en los supuestos de ocupación de inmuebles abandonados *de facto*, en estado ruinoso, o de inhabitabilidad, alegando indebidamente la función social de la propiedad y el derecho a la vivienda, implica que para no dejar carente de objeto

de su intimidad personal y familiar (SSTC. 22/84, 60/91, 50/95, 69/99, 283/2000). Y en STS 1448/2005 de 18.11, se entiende como "domicilio" "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar", o lo que es lo mismo, que "sirva de habitación o morada a quien en él vive", estimándose que constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive esa persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, rulotes, etc..., comprendidas las habitaciones de un hotel en las que se viva. Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico débil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad. Habiendo declarado el propietario en la audiencia que la vivienda sita en... de la partida de San Joan de la localidad de Denia era su primera vivienda a la que volvía cuando podía y respecto de la cual se refirió como su casa y que su intención era seguir viviendo en ella resultando la circunstancia de que se encontraba ausente de ésta en el momento en que los menores entraron en ella, transitoria y accidentalmente, por motivos laborales ya que había conseguido un trabajo en Ibiza como interino, circunstancia laboral transitoria y accidental que no impide que pueda seguir considerándose su domicilio (morada), del que entraba y salía y al que acudía siempre que tenía ocasión y donde ejerce su ámbito de privacidad e intimidad lo que conlleva a la desestimación del recurso y a la confirmación de la resolución recurrida”.

⁵⁹² MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 241 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 183. *Vid.*, Audiencia Provincial de Albacete, sec. 1ª, S 2-11-2007, nº 104/2007, rec. 50/2006, Pte: García Bleda, José (EDJ 2007/342733): “Sentado lo anterior lo que ha de analizarse, en cambio, es si el inmueble en cuestión tenía la condición de morada en el momento de los hechos siendo obvio que ya no constituía morada para su propietaria, pues la misma propietaria en su declaración en el acto del juicio oral indicó que “la casa estaba cerrada” y que “hacía tiempo que no vive nadie en la misma” aclarando incluso que *tampoco la utilizaba como segunda residencia* al precisar “que antes la utilizó”, por lo que ha de incardinarse el supuesto de autos en el tipo previsto en el art. 245.2 del Código Penal (usurpación, en lugar de aplicar el tipo de allanamiento de morada previsto en el art. 202.1) estimando la Sala en función de las circunstancias que debe reducirse a 4 meses la medida de libertad vigilada por la comisión de la referida infracción penal”.

material al delito de referencia extienda el concepto de *inmueble que no constituya morada* a supuestos como las viviendas de utilización temporal que a nuestro juicio integran el objeto material del allanamiento de morada. Esa interpretación restrictiva del objeto material que tiende a excluir los inmuebles abandonados *de facto*, en estado ruinoso, o de inhabitabilidad, contrariamente a su inicial pretensión termina siendo extensiva al incluir supuestos que han de considerarse morada.

Hacemos nuestras las palabras de BAZA DE LA FUENTE, al afirmar “puesto que el concepto de morada establecido por la doctrina jurisprudencial es tan amplio que, por exclusión, deja un contenido mínimo, muy reducido a lo que debe entenderse por “no morada” en la usurpación no violenta, abarcaría únicamente los edificios o inmuebles no habitados de forma real o actual, ya que los demás supuestos quedarían recogidos dentro del término “morada”⁵⁹³.

⁵⁹³ BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Págs., 905-907. “No tienen la consideración de morada las viviendas deshabitadas, cuya ocupación ilegal podrá dar lugar, en su caso, a la calificación jurídico-penal de un delito de coacciones o de usurpación de inmuebles previsto en el artículo 245.2 CP”. JORGE BARREIRO, A.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 202 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VII. Títulos IX, X, XI y XII del Libro II del vigente Código penal español. Artículos 195 a 233*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 312. Consideramos acertada la aplicación por la Jurisprudencia *menor* del artículo 245.2 del Código Penal, por *no constituir morada*, en los supuestos de inmuebles temporalmente deshabitados a la espera de comprador, y las obras en construcción. *Vid.*, Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 24-2-1998, nº 64/1998, rec. 728/1997, Pte: Hormazábal Malarée, Hernán (EDJ 1998/9270); Audiencia Provincial de Segovia, S 29-10-1998, nº 97/1998, rec. 87/1998, Pte: Palomo del Arco, Andrés (EDJ 1998/32082); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 4-2-2005, nº 109/2005, rec. 374/2004, Pte: Chacón Alonso, Mª Teresa (EDJ 2005/176781); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 19-2-2010, nº 53/2010, rec. 27/2010, Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2010/311376); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 14-10-2011, nº 850/2011, rec. 179/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261916); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-10-2011, nº 861/2011, rec. 194/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261929); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 25-4-2013, nº 358/2013, rec. 10/2013, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2013/137679); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 6-9-2013, nº 403/2013, rec. 695/2013, Pte: Paredes Sánchez, Fernando (EDJ 2013/189864); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 25-9-2013, nº 344/2013, rec. 758/2013, Pte: Sol Rodríguez, Lourdes del (EDJ 2013/185760); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 2-1-2009, nº 731/2009, rec. 519/2007, Pte: Sánchez Cano, Mª Jesús (EDJ 2009/18090).

e) *Dependencias*

A efectos de delimitar el objeto material del art. 245.2 es necesario excluir todo inmueble o vivienda que pueda constituir morada y/o casa habitada. Se plantea la cuestión de si se incluyen también dentro de estos conceptos (morada y casa habitada) las dependencias que estén vinculadas a las mismas⁵⁹⁴.

Por dependencias han de entenderse “*sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física*”. El Código Penal equipara los conceptos de morada y casa habitada con el de *sus dependencias*⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ “En el concepto de morada se incluyen las dependencias (cuadras, corrales, garajes, jardines, etc.), siempre que estén directamente conectadas con la morada, ya que el art. 20,4º admite la legítima defensa de las mismas, con lo que habrá que entender que la entrada indebida en ellas constituye un delito de allanamiento de morada”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 271. “Por último, en la delimitación del concepto jurídico-penal de morada, es preciso aludir a la cuestión de si las dependencias y los espacios comunes forman o no parte de la morada. En cuanto a las *dependencias*, se puede contestar afirmativamente la cuestión planteada y entender que en el concepto jurídico-penal de morada se incluyen las mismas, siempre y cuando guarden una unidad funcional con la morada (TS 7-2-87). Por lo que respecta a los espacios comunes de un inmueble, como serían el portal o la escalera, no pueden ser considerados como parte de la morada al tratarse de lugares de libre acceso a terceros y no estar destinados a la vida privada de sus moradores (TS 23-9-97; 12-5-00)”. JORGE BARREIRO, A.: << Capítulo 27.- Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sección 2ª.- Allanamiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 875. “Así pues, a efectos de delimitar el objeto material del art. 245.2 será conveniente excluir todo inmueble o vivienda que pueda constituir morada. Para ello conviene tener en cuenta el concepto legal de casa habitada y dependencias recogido en el art. 241.2 y 3 del Código penal. La jurisprudencia y la doctrina mantienen un concepto funcional de la morada: ésta puede ser mueble o inmueble, fija o movable, de mayor o menor consistencia (tiendas de campaña, coches-remolques, barcos, vagones de tren, etc.). Este concepto de morada también se extiende a los espacios destinados al desarrollo de las actividades propias de la vida privada o profesional, pero no a los lugares comunes del inmueble de propiedad indeterminada (STS 23 de octubre de 1987 y de 3 de octubre de 1990). La jurisprudencia coincide en general con esta interpretación acuñada por la doctrina: “Por morada ha de entenderse no sólo la que está real y permanentemente utilizada, sino también la que sirve a dichos fines de habitación en épocas determinadas e inciertas” (STS 4 marzo de 1992); “se incluye también dentro de este concepto las dependencias que estén vinculadas a la vivienda habitual” (STS 3 de octubre de 1990); “las terrazas o balcones por formar unidad física con la vivienda” (STS de 24 de abril de 2000); y “el parking situado en el local de una entidad” (STS 20 de marzo de 2001), etc.”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 417. *Vid.*, BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Págs., 905-907.

⁵⁹⁵ Dispone el artículo 241.3 CP: “*Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física*”. La equiparación de morada y casa habitada con *sus dependencias* se desprende de los artículos 20.4, 241.1 y 242.2 del Código Penal. En relación a la legítima defensa dispone el artículo 20.4.1º: “*En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas*”. El tipo cualificado

Han de resaltarse como notas caracterizadoras de las dependencias propias de la casa habitada y/o morada para que puedan equipararse a las mismas, las siguientes:

- ha de tratarse de lugares *cercados*, o sea con una delimitación física de cualquier orden reveladora de su privacidad y de su clara diferenciación del exterior;
- *contiguos* al edificio propio de la vivienda, sin espacio intermedio que suponga una solución de continuidad entre ambos;
- que se hallen *comunicados entre sí*, pudiendo los habitantes del inmueble pasar de un espacio al otro sin necesidad de salida afuera del mismo;
- la casa propia y el local o aditamento dependencial han de constituir una *unidad física*, lo que se dice “*un todo*”, lo que no implica una construcción simultánea o un acoplamiento o conjunción originarios.

Han de quedar fuera de la concepción de dependencia las huertas o terrenos destinados al cultivo o a la producción, aunque estén cercados, contiguos al edificio y en

de robo con fuerza dispone en el artículo 241: “1.- Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235, o el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias”. Y el tipo cualificado de robo con violencia o intimidación en el artículo 242: “2.- Cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años”. “De una interpretación sistemática del Código parece, pues, desprenderse que la protección penal de la morada abarca a sus dependencias”. SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... *Op. cit.*, Pág., 873. “Ya Groizard admitió que las dependencias... deben incluirse en el concepto de morada, porque reúnen las mismas condiciones para ser respetadas que la parte del edificio que más habitualmente ocupa el morador y, además, la ley las ha declarado expresamente dependencias de casa habitada al tratar de los delitos de robo”. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada*... *Op. cit.*, Pág., 55. Sobre la inclusión o no de las dependencias en el concepto de morada, SUÁREZ MONTES afirma que la “entrada indebida” a la que se refiere el CP de 1973 en el artículo 8.4, en relación al concepto de agresión ilegítima en caso de defensa de la morada o sus dependencias (en la actualidad 20.4.1º CP 1995), no puede ser otra que “la entrada determinante del delito de allanamiento”; y por otra parte que “el Código somete la defensa de las dependencias a la misma regulación que la defensa de la morada”, resultando “fácil advertir que el presupuesto de tal equiparación es que la entrada en las dependencias constituye delito de allanamiento de morada”. A ello acota Jorge Barreiro “si estas guardan una unidad funcional con la morada, es decir, si son lugares acotados que están destinados al desarrollo de la vida privada o intimidad del morador y forman un todo con la morada”. Cfr. SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... *Op. cit.*, Págs., 872-873; JORGE BARREIRO, A.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 202 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VII. Títulos IX, X, XI y XII del Libro II del vigente Código penal español. Artículos 195 a 233*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 313-315; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada*... *Op. cit.*, Pág., 56-57.

comunicación interior con el mismo, arcaica referencia del derogado artículo 508, que expresamente excluía⁵⁹⁶.

Sí podrán tenerse como tales el portal de una vivienda⁵⁹⁷, o la parte de casa destinada a almacén⁵⁹⁸. Las dependencias de la casa son alcanzadas por la noción de la

⁵⁹⁶ Establece el artículo 508 del Código Penal, Texto Refundido de 1973: “*Se considera casa habitada todo albergue que constituyere la morada de una o más personas aunque se encontraren accidentalmente ausentes de ella cuando el robo tuviere lugar. Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio público o destinado al culto sus patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo, y con el cual formen un solo todo. No están comprendidas en el párrafo anterior las huertas o demás terrenos destinados al cultivo o a la producción aunque estén cercados, contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo*”. En relación a las dependencias de casa habitada, afirma SOTO NIETO que “existe una mejor delimitación en el precepto actual que la ofrecida por el artículo 508 del anterior Código Penal, eliminando esa innecesaria enumeración, impregnada de rusticidad, alusiva a corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras, etc., siempre de posible comprensión en la definición de dependencias que la norma formula. Los patios y garajes, por su frecuencia y caracterizada complementariedad, merecen la expresa mención con que se les distingue”. SOTO NIETO, F.: << Penal. Jurisprudencia de la Sala Segunda de lo Penal. Selección, análisis y comentario a cargo de Francisco Soto Nieto >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 51. Tercer trimestre, 1998. Pág., 716.

⁵⁹⁷ Vid., Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 23-10-1987, Pte: Ruiz Vadillo, Enrique (EDJ 1987/7648): “Por supuesto que el portal no es dependencia de casa habitada en cuanto no constituye un lugar cercado o cerrado contiguo al edificio y en comunicación interior con el mismo. Es más que eso: es el propio edificio en que se habita, es la casa en que se mora. La perpetración de un delito dentro de su ámbito muestra la mayor peligrosidad del agresor, que quebranta la paz de la casa, merecedora de particular tutela, antes y ahora, por el ordenamiento jurídico. El motivo no puede prosperar”. Pese a lo establecido por esta sentencia, “no entran en el concepto de morada, ni son alcanzados por la protección propia de la misma, los espacios comunes a diversas moradas situadas en un mismo inmueble, tales como portal, escalera pasillos, ascensores, patios que sirven de acceso a dos o más moradas, etc. Se trata de lugares... donde se presume que los extraños pueden penetrar libremente y están destinados a uso común de personas indeterminadas”. SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... Op. cit., Pág., 873. “En relación con los lugares o espacios comunes de un inmueble (como el portal o las escaleras) un importante sector de nuestra doctrina penal y constante jurisprudencia del TS consideran acertadamente que no integran la noción de morada. De lo contrario, estaríamos ante una intolerable interpretación extensiva del término morada”. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada*... Op. cit., Pág., 57. “Por lo que respecta a los espacios comunes de un inmueble, como serían el portal o la escalera, no pueden ser considerados como parte de la morada, al tratarse de lugares de libre acceso a terceros y no estar destinados a la vida privada de los moradores (TS 23-9-97; 12-5-00)”. JORGE BARREIRO, A.: << Capítulo 27.- Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sección 2ª.- Allanamiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 875. “Se ha negado la condición de dependencia al portal de una casa (Sentencia de 23 de octubre de 1987), lo que debería decirse igualmente para las escaleras”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 241 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 185.

⁵⁹⁸ Vid., Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 28-12-1991, Pte: Huerta y Álvarez de Lara, Antonio (EDJ 1991/12364): “Conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, según doctrina declarada, entre otras resoluciones, las que llevan fecha 11 de mayo de 1984, 11 de marzo y 19 de mayo de 1986, 11 de mayo de 1988 y 1 de febrero de 1989, la circunstancia agravatoria del delito de robo, del artículo 506.2 del Código Penal, cuando el delito se verifique en casa habitada, se halla plenamente justificada en cuanto que su comisión en dicho lugar ataca bienes jurídicos perfectamente diferenciados, en el que, juntamente con el ataque contra la propiedad, se crea un riesgo para las personas, atacándolas en su círculo de mayor intimidad como es la propia morada, siendo irrelevante, a efectos penales o de apreciación de la

misma; sobre todo no resulta discutible en los casos como en los que el garaje no es de libre acceso, sino limitado a las personas autorizadas para ello⁵⁹⁹, las terrazas o balcones por formar una unidad física con la vivienda⁶⁰⁰; y el parking situado en el local de una entidad⁶⁰¹. También son dependencias los almacenes o trasteros⁶⁰², el patio-jardín de la

agravante, el que se halle real y permanentemente habitada o sirva tan sólo a dichos fines en épocas indeterminadas e inciertas, ya que en ambos casos se atenta contra los bienes jurídicos referidos y objeto de protección, incluido el de la integridad física, ante la imprevisible o posible llegada de los moradores a la vivienda que tan sólo ocupan ocasionalmente, siendo igualmente irrelevante que parte del edificio o casa se destine a almacén; por lo que procede desestimar el motivo tercero del recurso en el que se denuncia la indebida aplicación del artículo 506.2 del Código Penal”.

⁵⁹⁹ *Vid.*, Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 28-4-1998, nº 565/1998, rec. 1604/1997, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 1998/3175): “En lo que concierne al concepto de casa habitada, es indudable que también las dependencias de la misma son alcanzadas por la noción de la misma. Sobre todo esto no resulta discutible en los casos como el presente en los que el garaje no era de libre acceso, sino limitado a las personas autorizadas para ello”.

⁶⁰⁰ *Vid.*, Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 24-4-2000, nº 729/2000, rec. 503/1999, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2000/6159): “En cuanto a dependencias de casa habitada, deben considerarse como tales las terrazas o balcones, por ser contiguos al edificio y en comunicación interior con él, sino en realidad por formar una unidad física con la propia vivienda, ya que, cuando existen tales terrazas, son parte integrante de los pisos, tienen comunicación propia, no son accesibles sino mediante la entrada a la vivienda y a través de una de sus habitaciones, y se reseñan registralmente como parte de un piso o finca, habiendo, incluso, la jurisprudencia de esta Sala considerado como tales dependencias los garajes, cuando no son de libre acceso, sino de limitada entrada (Sentencia de 28 de abril de 1998)”.

⁶⁰¹ *Vid.*, Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 20-3-2001, nº 440/2001, Pte: Martín Canivell, Joaquín (EDJ 2001/7277): “Ciertamente los términos en que está redactado el texto del art. 241.1º del Código Penal han exigido ser complementados por la doctrina de esta Sala que limita la apreciación del tipo agravado de realización del hecho al período de tiempo en que el establecimiento abierto al público lo esté efectivamente. Pero no puede acogerse el criterio del recurrente de que un parking en local de una entidad es idéntico a la vía pública, cuando se paga en esta última por aparcar. La vía pública, obvio es afirmarlo, no es un local, que es definido en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, como sitio o paraje cercado o cerrado y cubierto, ni se puede decir que el pago de la tasa municipal de aparcamiento, es decir por el uso por el breve espacio de tiempo de unos minutos o unas horas, del lugar con finalidad de aparcar un vehículo, puede atribuir a la vía pública el carácter de local, mientras que sí lo es un lugar al que puede acceder el público para aparcar, que está cercado y separado de la vía pública y donde se pagó, no solo por la ocupación del lugar, sino también por la vigilancia que de los vehículos se ejerce durante el tiempo en que está abierto para tal fin al público, máxime cuando, como es aquí el caso, el lugar de aparcamiento es anejo a un establecimiento de venta abierto al público. En tales condiciones los riesgos mayores que al tiempo establecido de apertura al público son anejos, concurren también el local dedicado a aparcamiento y, habiendo ocurrido los hechos en horas de apertura, es evidente la corrección de aplicar la figura agravada de robo con fuerza en las cosas del art. 241.1º del Código Penal”.

⁶⁰² *Vid.*, Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 11-9-2000, nº 1380/2000, rec. 674/1999, Pte: Abad Fernández, Enrique (EDJ 2000/27678): “Más, como se dice en la sentencia de 12 de febrero de 1999, reiterada jurisprudencia de esta Sala ha considerado el *trastero* como dependencia de casa habitada, diferenciando la distinta protección del domicilio desde la perspectiva del derecho constitucional, derecho a su inviolabilidad, y desde el ordenamiento penal, que se extiende a sus dependencias. En este sentido ya la sentencia de 4 de marzo de 1997, reconociendo que el trastero no constituye un “domicilio” especialmente protegido constitucional (artículo 18 de la Constitución Española) y legalmente (artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), afirma que sí es accesorio en el sentido jurídico-civil o dependencia de casa habitada especialmente primada en la protección penal; en el primer caso, por conceptos de funcionalidad e incluso de unidad jurídica inmobiliaria, y en el segundo, porque por su cercanía existe el mismo fundamento (peligrosidad) que en la protección de la propia casa habitada. En el presente caso estamos ante un espacio que forma una unidad física con las viviendas sitas en el edificio

vivienda⁶⁰³, los cobertizos contiguos a la vivienda⁶⁰⁴, los sótanos incluso los que están integrados en los bloques de viviendas formando un todo unitario⁶⁰⁵, un corral anexo a

descrito en los Hechos Probados, que esté en comunicación interior con ellas, y que incluso es susceptible de ser habitado en algún momento, con lo que cumple los requisitos previstos en el artículo 241.3 del Código Penal”.

⁶⁰³ Así la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 15-11-2004, nº 1048/2004, rec. 152/2000, Pte: Arroyo Romagosa, Montserrat (EDJ 2004/200721): “Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas, en casa habitada, previsto y penado en los artículos 237, 238.1º y 240 y 241.1º, 2º y 3º del Código Penal. La calificación jurídica de los hechos objeto de enjuiciamiento resulta de las propias manifestaciones del acusado Luis Carlos prestadas en el acto de juicio oral y de lo expresado por los propietarios de los perros objeto del apoderamiento. Así Luis Carlos reconoció que para acceder al jardín de la casa donde se hallaba la perrera saltó la valla que rodeaba la casa y de las manifestaciones de los propietarios ha resultado acreditado que tras introducirse Luis Carlos en el jardín tuvo que fracturar la puerta de la perrera para hacerse con los canes, ocasionando en aquélla desperfectos cuya reparación ascendió, según la factura incorporada al folio núm. 68 de la causa, a 100.143 pesetas. Pero además nos hallamos ante un supuesto de robo con fuerza en casa habitada, pese a la oposición de la defensa, pues tal como viene señalando la Jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, entre ellas las STS de fecha 28/6/01, la agravación prevista en el art. 241.1º, 2º del Código Penal debe aplicarse a las viviendas destinadas a habitación de sus moradores, aunque tan sólo lo sea en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de manera permanente. Dicha resolución indica que cualquier persona puede tener más de una morada, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de presentarse en cualquier momento el morador ausente; con este dato se cumple la *“ratio legis”* de la norma agravatoria fundada en la mayor peligrosidad que dichas acciones entrañan. En el caso de autos los propietarios de la vivienda acudían a diario a la misma, al menos en dos ocasiones, para dar de comer y cuidar a los perros estando pendientes de mudarse a dicha vivienda en fechas próximas, habiendo manifestado en el acto de juicio oral que en una o dos ocasiones habían pernoctado, pues la vivienda era perfectamente habitable. Nos hallamos ante un supuesto del apartado tercero del art. 241 del CP, atendido que el acceso se verificó al patio-jardín de la vivienda integrado con aquélla en una misma unidad física al estar delimitado el perímetro común por una valla que separaba el espacio interior al exterior (la vía pública)”.

⁶⁰⁴ Dispone la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 28-2-2006, nº 153/2006, rec. 342/2005, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/58406): “Claramente en dicho artículo del Código Penal y más concretamente en su párrafo 3º se consideran dependencias de la casa habitada: “Sus patios, garajes y demás departamentos o sitios contiguos al edificio y en comunicación interior con él con el que formen una unidad física”. En el caso que nos ocupa, se trata de un cobertizo instalado en el interior de la finca cercada, y contiguo a la vivienda que forma un todo con ella por lo que le es de aplicación el precepto agravado”.

⁶⁰⁵ Así, la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 17-1-2005, nº 162/2005, rec. 238/2004, Pte: García Muñoz, Pedro Luis (EDJ 2005/50395): “Y en cuanto a dependencias de casa habitada, deben considerarse como tales las terrazas o balcones, por ser contiguos al edificio y en comunicación interior con él, sino en realidad por formar una unidad física con la propia vivienda, ya que, cuando existen tales terrazas son parte integrante de los pisos, tienen comunicación propia, no son accesibles sino mediante la entrada a la vivienda y a través de una de sus habitaciones, y se reseñan registralmente como parte de un piso o finca, debiendo incluso de considerarse como tales dependencias los garajes, cuando no son de libre acceso, sino de limitada entrada. En el presente caso el sótano en el que se intentaba sustraer el ciclomotor está integrado en el bloque de viviendas, formando un todo unitario, como lo acreditan las descripciones que realizan los denunciantes y la inspección ocular practicada por los agentes de la Guardia Civil, de manera que el conjunto de viviendas con estos sótanos entra dentro de la descripción de casa habitada realizada por el artículo 241.3 del Código Penal”.

la casa, comunicados ambos por una puerta⁶⁰⁶, una caseta adosada a la vivienda en la que se guardaban bicicletas y otros enseres⁶⁰⁷.

C) Inmuebles aún no ocupados o ya abandonados

El elemento negativo de definición del objeto material, “*que no constituyan morada*”, lleva a descartar, en los términos expuestos, los inmuebles habitados, las segundas viviendas, los domicilios de personas jurídicas y establecimientos mercantiles, o locales abiertos al público, despachos profesionales y oficinas, y sus dependencias (arts. 20.4, 202 a 204 y 241 *a sensu contrario*)⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Vid., Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 1-10-2003, nº 110/2003, rec. 94/2003, Pte: Puente Segura, Leopoldo (EDJ 2003/206078): “Desde luego, resulta notorio que tanto en el lenguaje común como en el ámbito de la interpretación de las normas jurídicas, un corral no es una casa habitada. No es menos evidente, empero, que el artículo 241.1º del Código Penal no solo se refiere a éstas sino también a cualquiera de sus dependencias y que en el número tercero de ese mismo precepto se explica que se considerarán dependencias de casa habitada sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cerrados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física. Y éste es el caso del corral que se describe en el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia recurrida y al que, incluso, se refiere de modo muy elocuente la propia parte que apela al decir: “... se construía la casa y anexa a ella un corral... entre ambos (corral y vivienda) existe una puerta”. Es decir, se trataba de un lugar cerrado, contiguo a la casa y en comunicación interior con ésta (a través de la referida puerta) formando ambos una unidad física; circunstancias por las cuales también este motivo de impugnación debe ser desestimado. Cosa distinta es que, en atención a las circunstancias que concurren en el suceso enjuiciado y, entre ellas, al hecho de que el acusado no llegara a penetrar en la casa, aparezca sobradamente justificado que el juzgador de instancia haya impuesto la pena en su límite inferior dentro, como es obvio, de la legalmente prevista”.

⁶⁰⁷ Así la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 5ª, S 29-11-2000, nº 128/2000, rec. 137/2000, Pte: Lojo Aller, Juan Manuel (EDJ 2000/59466): “Tras forzar la cerradura de la puerta de aluminio de una caseta situada en la parte trasera de dicha vivienda se apoderó de varias bicicletas ... Sin embargo, tal como se relatan en la sentencia recurrida los hechos acaecidos nos encontramos en realidad con una sola sustracción con fuerza en las cosas llevada a cabo en una vivienda y en una de sus dependencias, por lo que no cabe hablar de delito continuado de robo, sino con una sola acción delictiva de ésta naturaleza que afectó a una vivienda y a una de sus dependencias. Por lo que la calificación correcta de los hechos probados es la de constituir un delito de robo con fuerza en las cosas, en casa habitada, de los artículos 237, 238.2º y 241 del Código Penal”. Vid., SOTO NIETO, F.: << Penal. Jurisprudencia de la Sala Segunda de lo Penal. Selección, análisis y comentario a cargo de Francisco Soto Nieto >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 51. Tercer trimestre, 1998. Págs., 716-717; SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 417; LLOBET ANGLÍ, M.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales. Sección 2ª.- Robo con fuerza en las cosas >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 967; JORGE BARREIRO, A.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 202 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VII. Títulos IX, X, XI y XII del Libro II del vigente Código penal español. Artículos 195 a 233*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 311-315; SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... *Op. cit.*, Pág., 871-873.

⁶⁰⁸ “Cabe cuestionar si es posible apreciar allanamiento de morada en la conducta de ocupación de viviendas deshabitadas. Doctrina científica y jurisprudencial en España están de acuerdo en que la respuesta ha de ser negativa. En efecto, si tenemos en cuenta que en el delito de allanamiento de morada (tal como se configura en nuestro CP) el bien jurídico protegido es la intimidad, la conducta de ocupación

Si como afirma SUÁREZ MONTES en relación al delito de allanamiento de morada “la protección penal no tiene lugar respecto a los lugares destinados sólo genéricamente a morada, pero aún no ocupados o ya abandonados”; la interpretación *a sensu contrario* implica que tales inmuebles aún no ocupados o ya abandonados serían susceptibles de ser objeto material de la usurpación pacífica⁶⁰⁹.

Podemos concluir haciendo nuestras las palabras de BARBER BURUSCO, “no encuentro objeciones para considerar que el amplio concepto de "morada" acuñado por la doctrina y la jurisprudencia a los efectos del delito de allanamiento de morada sea el más adecuado para asignar contenido a la expresión "morada" del artículo 245.2 CP, [*a sensu contrario*] fundamentalmente porque permite deslindar, cuando se trate de inmuebles, el objeto de protección de uno y otro delito, y en consecuencia evitar algunas cuestiones concursales, ya que para ocupar un inmueble es necesario entrar en él, acción típica del allanamiento”⁶¹⁰.

de viviendas deshabitadas no afecta a la intimidad personal y, por tanto, no podrá ser calificada de allanamiento... Los supuestos de ocupación de viviendas deshabitadas no pueden ser calificados como delitos de allanamiento de morada y, en su caso, tales conductas podrán ser inculpas (si se cumplen las exigencias de los respectivos tipos) como delitos de coacciones o de usurpación”. JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...* Op. cit., Págs., 58-59. BAUCELLS I LLADOS al igual que BAZA DE LA FUENTE, proponen una interpretación del concepto de morada en relación con el bien jurídico protegido en cada delito. Así el primero afirma: “El artículo 245.2 CP... tendría por objeto material los bienes inmuebles "que no constituyan morada". Sin embargo, al tratarse de delitos de usurpación, el concepto "morada" debe ser interpretado de acuerdo con el bien jurídico protegido en ellos (el patrimonio) y no atender a un concepto de morada relacionado con la intimidad puesto que éste es objeto de los delitos de allanamiento”. BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Pág., 163. “Del mismo modo que a efectos de agravante del delito de robo (art. 241 CP) se ignora el significado que "morada" tiene en los delitos contra la intimidad (art. 202 CP), asimilándose con "casa habitada", en los delitos de usurpación el concepto morada debe ser interpretado en relación con el bien jurídico protegido en ellos: el patrimonio”. BAUCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... Op. cit., Pág., 727. La segunda autora mencionada afirma que: “En definitiva, una forma de interpretación podría ser la de poner el concepto de "morada" en relación con el bien jurídico protegido en cada delito, siendo necesario realizar, por tanto, un análisis objetivo funcional, respecto de cada una de estas figuras delictivas. De tal manera no tendría el mismo significado para el allanamiento de morada que para el delito de robo o el de usurpación, pues en uno se protegería la intimidad mientras que en los otros el objeto de protección sería la propiedad”. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >> en *Cuadernos de Política Criminal...* Op. cit., Págs., 906-907.

⁶⁰⁹ SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia...* Op. cit., Pág., 870.

⁶¹⁰ BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 13.

Habría que analizar, pues, caso por caso para poder determinar si el inmueble ajeno se encuentra deshabitado. En caso contrario, de constituir una morada; esto es, un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfeccionaría sería el de allanamiento, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad, a diferencia de la presente figura delictiva donde se protege el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el orden público.

3.- Conducta típica: El artículo 245.2 del Código Penal

El tipo penal, como enuncia RODRÍGUEZ MOURULLO, “suele aparecer lingüísticamente expresado en la ley mediante la fórmula "el que hiciere o dejare de hacer esto o lo otro". Por ejemplo: "el que matare a otro" (artículo 407 [en la actualidad artículo 138]); "el que no socorriere a una persona que se hallare desamparada, y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero" (artículo 489 bis [en la actualidad artículo 195]).

Las piedras maestras sobre las que se edifica el tipo son: el sujeto activo, la acción, el objeto de la acción, el bien jurídico y el sujeto pasivo...

La *acción*, expresada lingüísticamente en la ley por medio del correspondiente verbo, constituye el núcleo del tipo. La mayoría de las veces el verbo empleado es *transitivo*, porque el tipo requiere que la acción trascienda sobre otras personas o cosas”⁶¹¹.

⁶¹¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 267-270. “Los elementos estructurales del tipo son tres: la conducta típica (la palabra "conducta", equivale a la de "comportamiento"...), sus sujetos, y sus objetos. Toda conducta típica debe integrarse de las dos componentes necesarias de todo comportamiento: su parte objetiva y su parte subjetiva... A) La parte objetiva del tipo abarca el aspecto externo de la conducta. Sólo en determinados tipos (... llamados "delitos de resultado") se exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella: p. ej., la muerte de la víctima en el tipo de homicidio. Este resultado separado no es, pues, un elemento necesario de todo tipo. B) La parte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la voluntad (consciente como en el dolo, o sin consciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia), y a veces por especiales *elementos subjetivos* (por ejemplo, el "ánimo de lucro" en el delito de hurto (art. 234 CP)”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit. Págs., 228-229. “También forman parte del tipo del injusto las *condiciones objetivas de penalidad*. Se trata de elementos unidos a la acción tipificada en la ley, pero no por una relación de causalidad, porque son a su vez resultado de la acción de otra persona. Ejemplo: la sentencia condenatoria en el delito de falso testimonio en contra del reo (art. 326, párrafo primero [del TR 1973, actual art. 458.2 CP 1995])... No deben confundirse las condiciones objetivas de penalidad con las *condiciones objetivas de procedibilidad* o de *perseguitabilidad*, es decir, con aquellos requisitos previos a la apertura del procedimiento criminal, pues tales condicionamientos procesales presuponen la existencia de un delito”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal*

Español. Parte General... Op. cit., Págs., 419. “Acción. Es el núcleo del tipo y expresa su desvalor material. Puede consistir tanto en hacer como en omitir un determinado comportamiento en una determinada situación. En algunos delitos se describe la acción aisladamente, y en otros por referencia a un resultado que es su consecuencia”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 129. “En cuanto a la actividad misma ésta surge del verbo utilizado por el tipo legal (matar, herir, golpear, contrahacer, firmar, sustituir niño, etc.). El propio tipo de actividad a su vez delimita los medios que pueden ser utilizados para la realización de tal actividad; así el verbo matar permite la utilización de cualquier tipo de medios, ya sean materiales (cuchillo, pistola), o de carácter intelectual (psicológicos: hipnosis, aguda depresión, superstición o debilidad espiritual del otro), otros verbos en cambio, imposibilitan tal utilización amplia y restringen sólo a los materiales (así, golpear, herir, o maltratar, contrahacer firma, etc.). La actividad misma está, pues, impregnada de sentido social, lo que permite señalar las actividades típicas y atípicas”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 271. “La palabra "acción", como otros términos jurídicos, es multívoca... [Se encuentra] en el párrafo primero del artículo 1, opuesta a la omisión. En un sentido amplio comprende lo mismo una que otra, es decir, cualquier comportamiento humano. Se emplea también para designar el movimiento corporal por oposición al resultado. Y como equivalente al delito, comprensiva de la totalidad de sus elementos: acción criminal, acción punible. Esto prescindiendo de las acepciones procesales. Por otra parte, el Código usa a veces como sinónimos la palabra "hecho" o "acto". Ante esta falta de precisión del lenguaje, algunos escritores prefieren hablar de *conducta* humana, expresión más inequívoca”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 361-362. “En todo tipo hay una conducta, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, es decir, su elemento más importante. La conducta viene descrita generalmente por un verbo rector..., que puede indicar una acción positiva o una omisión. Cuando el tipo sólo exige la realización de una acción sin más, estamos ante delitos de mera actividad..., en su caso, de mera inactividad... En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico... En algunos tipos la conducta se delimita por la exigencia del empleo de algunos medios legalmente determinados...; por el lugar..., o por el tiempo. Según que el tipo comprenda una o varias conductas se habla de delitos simples y delitos compuestos. Los últimos se dividen en complejos y mixtos. Los complejos se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto... En los delitos mixtos el tipo contiene, bajo la misma conminación penal, diversas modalidades de conducta, bastando que se realice una de ellas para que se constituya el tipo... Los tipos también se dividen en función de la relación psicológica entre el autor y su acción o resultado, surgiendo así los delitos dolosos, los delitos imprudentes y los delitos con elementos subjetivos específicos distintos al dolo”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 260-261. “La conducta típica consiste, generalmente, en una manifestación de voluntad. Para que una conducta pueda constituir el sustrato fáctico de cualquier tipo de injusto el querer ha de objetivarse, es decir, manifestarse externamente. La idea del Derecho, como orden de la coexistencia, impide que puedan tomarse en consideración actos puramente internos. La voluntad puede manifestarse tanto a través del hacer lo prohibido como del no hacer lo debido; pero, en ambos casos, el punto de inserción en el tipo de injusto se halla constituido por la objetivación externa del querer. Sin embargo, en buen número de tipos, no basta con que se haya exteriorizado al querer para que se estime realizado el comportamiento típico, pues hay determinados delitos cuyo injusto se halla constituido por la producción de un resultado como consecuencia separable del actuar voluntario... Es preciso, pues, hablar de resultado en un sentido estricto, esto es, solamente allí donde el tipo exige, además de la manifestación de voluntad, que se produzcan ciertas consecuencias externas separables temporal y espacialmente de ella. A pesar de esta separación, el resultado pertenece a la conducta, de modo que, en los tipos que no exigen su producción, la conducta típica se halla constituida exclusivamente por la objetivación de la manifestación externa de la voluntad, y en los que requieren un resultado, la conducta se compone de la manifestación de voluntad, de una parte, y de la producción del resultado, por otra”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 380-382. “El concepto penal de acción constituye el primer elemento del delito. Cuando nos referimos a él, muchas veces empleamos el término en sentido amplio, esto es, no como sinónimo de acción *stricto sensu* sino de conducta o de comportamiento que adquiere una relevancia en Derecho penal. La acción penalmente relevante puede consistir en una acción propiamente dicha o en una omisión: la primera exige la realización de un determinado movimiento corporal mientras que la segunda consiste en un no hacer específico. No se trata, en todo caso, de un mero no hacer, sino precisamente de la omisión de una conducta jurídicamente debida, concreta y posible, esto

La conducta típica en el artículo 245.2 del Código Penal se configura en dos modalidades alternativas de ejecución: *ocupar* sin autorización debida inmuebles viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, o *mantenerse* en ellos contra la voluntad de su titular. Ambas formas de acción (ocupar *ex novo* tales bienes inmuebles, u omitir *ex post* la salida de los mismos manteniéndose en ellos), poseen el mismo efecto típico de contrariar la voluntad del titular de aquéllos y ha de realizarse sin violencia ni intimidación en las personas. Así, afirma GONZÁLEZ RUS que “la diferencia de prosa en el *ocupar* y en el *mantenerse* no suponen diversidad de tratamiento legal”. Y continúa el referido autor: “quien ocupó con autorización (judicial, administrativa,

es: de un no hacer algo concreto y determinado, cuya positiva ejecución es ordenada por una ley penal preceptiva... La acción penalmente relevante es, precisamente, aquella que infringe mediante un hacer activo la prohibición jurídica... Los delitos de omisión pura o propia consisten en un no hacer, pero no cualquier no hacer, sino precisamente de no efectuar la conducta normativamente debida”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Págs., 63-64. “La acción típica ya no es simplemente una acción humana en general, sino la concreta conducta, activa u omisiva, descrita por el tipo, p. ej. amenazar, tomar o apoderarse (en el hurto o el robo), engañar e inducir a error (en la estafa), insultar o injuriar (en los desacatos), no prestar auxilio (en la denegación de auxilio a la Justicia o en la omisión de socorro), etc.”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 190. “*El hecho punible es conducta humana*. Este es el sólido punto de arranque de todas las consideraciones ulteriores. Una característica es común a todos los hechos punibles; estos son siempre y en todas partes una *conducta humana* determinada. Sólo el hombre y el hacer y omitir del hombre son punibles. Existieron, hace tiempo, penas y procesos contra los animales, pero ya han desaparecido”. MEZGER, E.: *Derecho Penal. Libro de estudio. Tomo I. Parte General*. (Traducción de la 6ª edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi). Ed. Librería “El Foro”. Argentina, Buenos Aires, 2001. Pág., 78. “Una acción se convierte en delito si infringe el orden de la comunidad de un modo previsto en uno de los tipo legales y puede ser reprochada al autor en concepto de culpabilidad. La acción tiene que *infringir*, por consiguiente, de un modo *determinado* el orden de la comunidad: tiene que ser “típica” y “antijurídica”; y ha de ser, además, *reprochable* al autor como persona responsable: tiene que ser “culpable”. *La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito*. La culpabilidad (la responsabilidad personal por el hecho antijurídico) presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad tiene que estar, a su vez, concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están vinculadas lógicamente de tal modo, que cada elemento posterior del delito presupone la anterior”. WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. (Versión castellana y notas por José Cerezo Mir). Ed. Ariel. Barcelona, 1964. Pág., 43. “La integración de los elementos de la acción punible en un sistema da lugar a la definición clásica del delito... como acción típica, antijurídica y culpable, que goza también del refrendo jurisprudencial... Esta definición no significa una descomposición del hecho que siempre debe ser comprendido como un todo, sino únicamente su examen bajo aspectos distintos”. JESCHECK, H.H., Y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (5ª edición renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete). Ed. Comares, Granada, 2002. Pág., 213-214. “La afirmación de que alguien ha llevado a cabo una acción es el resultado de una valoración del contenido consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta cuya un suceso que parte de él o un no hacer”. ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. (Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal). Ed. Civitas. Navarra, 1997. Reimpresión, 2006. Pág., 218.

etc.) puede mantenerse en el edificio o inmueble al amparo de la misma aun en contra de la voluntad del dueño”⁶¹².

Son, pues, elementos caracterizadores *prima facie* del tipo penal de la usurpación que regula el artículo 245.2 del Código Penal:

- la ocupación del inmueble, vivienda o edificio ajeno o el mantenimiento en el mismo;
- que dicho inmueble no constituya morada;
- falta de consentimiento o autorización del titular a la ocupación o contrariedad a la voluntad del titular en caso de mantenimiento; y,
- conocimiento y conciencia de la ajenidad y de la falta de autorización o de consentimiento⁶¹³.

⁶¹² GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476. “La acción que se incrimina es la de ocupar o tomar posesión de casas o edificios para vivir en ellos, aprovechando su actual desocupación, sin contar con la autorización del dueño. La ocupación se realiza de modo subrepticio o clandestino, sin violencia ni intimidación, pero sin autorización del titular. Se castiga también como alternativa distinta la conducta pasiva y meramente omisiva consistente en mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular. Tal supuesto, que parece traído del allanamiento de morada, implicará una inicial ocupación no constitutiva de delito y precisará de un requerimiento formal del propietario para desalojar”. BENEYTEZ MERINO, L.: << De la Usurpación >> en *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis*. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 922. En relación a los elementos de la conducta típica, *Vid.*, MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >>... *Op. cit.*, Págs., 10-11; RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M^a.P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*... *Op. cit.*, Pág., 152; MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 960.

⁶¹³ *Vid.*, Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2^a, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, M^a Paz (EDJ 2003/191683); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1^a, S 24-11-2004, n^o 228/2004, rec. 1112/2004, Pte: Moreno Galindo, Ana Isabel (EDJ 2004/230093); Audiencia Provincial de Álava, sec. 1^a, S 6-2-2006, n^o 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1^a, S 7-2-2006, n^o 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio (EDJ 2006/467276); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3^a, S 22-5-2006, n^o 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3^a, S 26-9-2006, n^o 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1^a, S 20-11-2006, n^o 486/2006, rec. 14/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/422062); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1^a, S 20-6-2007, n^o 157/2007, rec. 97/2005, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J. (EDJ 2007/202111); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1^a, S 6-11-2007, n^o 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la (EDJ 2007/294401); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3^a, S 26-12-2007, n^o 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3^a, S 12-2-2008, n^o 52/2008, rec. 352/2007, Pte: Giménez de Cisneros Cid, Soledad (EDJ 2008/103986); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1^a, S 13-6-2008, n^o 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1^a, S 31-10-2008, n^o 630/2008, rec. 252/2008, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2008/379768); Audiencia Provincial de

Jaén, sec. 3ª, S 16-3-2009, nº 46/2009, rec. 22/2009, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2009/105351); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 29-4-2009, nº 345/2009, rec. 133/2009, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2009/100476); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 3-3-2010, nº 16/2010, rec. 127/2009, Pte: Vicente de Gregorio, Marta (EDJ 2010/48181); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 5-11-2010, nº 703/2010, rec. 317/2009, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2010/348989); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 29-5-2012, nº 303/2012, rec. 96/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco (EDJ 2012/215038); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 26-10-2012, nº 542/2012, rec. 232/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco (EDJ 2012/345441); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 13-1-2014, nº 8/2014, rec. 621/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos (EDJ 2014/26747); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 31-3-2014, nº 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2014/103115); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 211/2014, rec. 214/2014, Pte: García Valdecasas y García Valdecasas, Luis (EDJ 2014/175158). En términos similares se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526), al decir: “El delito de ocupación se integra por la concurrencia de los siguientes elementos; en cuanto al sujeto activo, necesariamente ha de ser el no propietario, puesto que el inmueble, la vivienda o el edificio ocupados se califican como ajenos; el sujeto pasivo puede ser tanto el propietario, como la persona que tenga derecho a ocupar el inmueble; el objeto material lo integra la ocupación pacífica de un inmueble, vivienda o edificio, siempre que no sea morada, pues entonces se aplicaría, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento de morada; y la falta de autorización debida”. Con las mismas palabras, *Vid.*, Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 29-5-2000, nº 342/2000, rec. 549/1998, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2000/31461); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 3-12-2004, nº 249/2004, rec. 199/2004, Pte: Martínez Ruiz, Társila (EDJ 2004/283436); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 144/2006, rec. 87/2006, Pte: Julia Igual, Mª José (EDJ 2006/305439); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 2006/439248); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 11-4-2008, nº 259/2008, rec. 16/2008, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda (EDJ 2008/87347); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 22-4-2009, nº 462/2009, rec. 28/2009, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2009/107244); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-2-2010, nº 94/2010, rec. 17/2010, Pte: Gurrera Roig, Matilde (EDJ 2010/49246); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquivia Bartolomé, Mª Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 10-11-2010, nº 384/2010, rec. 160/2010, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2010/330130); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2011/27692); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2013/220746); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 77/2013, Pte: Goded Herrero, Beatriz (EDJ 2014/46138); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 254/2014, rec. 116/2014, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2014/154264). Sin hacer referencia al sujeto activo, la Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-3-2001, rec. 46/2001, Pte: González Fernández, Javier (EDJ 2001/8637), dice: “Como elementos integrantes de la conducta descrita en el precepto analizado se pueden señalar los siguientes: 1) Un sujeto pasivo que puede ser tanto el propietario, como la persona que tenga derecho a ocupar el inmueble afectado. 2) Una conducta consistente en la ocupación pacífica y permanente de un inmueble, vivienda o edificio, siempre que no sea morada, pues entonces se estaría ante un posible delito de allanamiento de morada. 3) El autor ha de

Con mayor exhaustividad y precisión conceptual, otro grupo de resoluciones judiciales amplía y concretiza los elementos requeridos para la comisión de este delito exigiendo además de los ya referidos anteriormente, la ausencia de violencia e intimidación (que se infería por contraposición a la conducta tipificada en el artículo 245.1 del Código Penal), la carencia de título jurídico legitimador de la posesión, y el carácter permanente de la ocupación; al establecer: “El delito de usurpación no violenta de inmuebles definido en el artículo 245.2 del Código Penal requiere para su comisión los siguientes elementos:

- la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajeno o el mantenimiento en el mismo con cierto carácter permanente;
- que el bien no constituya morada de alguna persona;

actuar sin la autorización debida, siendo, en principio, indiferente que el propietario o titular desconozca a lo sucedido o esté ausente, o cualquier otra dificultad para obtener tal autorización”. Con las mismas palabras, *Vid.*, Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro (EDJ 2003/149138); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871); Audiencia Provincial de Almería, sec. 2ª, S 27-1-2012, nº 34/2012, rec. 136/2011, Pte: Ruiz-Rico y Ruiz-Morón, Juan (EDJ 2012/349888); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 11-6-2014, nº 355/2014, rec. 6903/2013, Pte: Echavarri García, Mª Auxiliadora (EDJ 2014/137318). Alguna resolución judicial exige también el ánimo de lucro. Así, la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 15-12-1999, nº 600/1999, rec. 20067/1999 Pte: Pereda Espinosa, Petra (EDJ 1999/55153): “Los elementos que configuran la infracción tipificada en el art. 245.2 del Código Penal, a saber: a) La ocupación de un inmueble sin autorización debida, de una vivienda, que no constituya morada, o mantenerse en ella contra la voluntad de su titular. b) La ajenidad del inmueble. c) Conciencia o conocimiento de la ajenidad de la cosa. d) El ánimo específico de aprovechamiento, que se identifica con el ánimo de lucro, entendido como cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio perseguido por el agente”. En relación a éste especial elemento subjetivo del injusto, *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 6-3-1998, nº 101/1998, rec. 98/1998, Pte: Mendoza Muñoz, Julio (EDJ 1998/6534); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael (EDJ 2000/65587); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 25-1-2006, nº 55/2006, rec. 403/2004, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña (EDJ 2006/11252); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 28-6-2006, rec. 57/2006, Pte: Rovira del Canto, Enrique (EDJ 2006/376845); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 29-6-2006, nº 157/2006, rec. 200/2006, Pte: Moreno Gómez, Felipe Luis (EDJ 2006/388990); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 14-4-2008, nº 314/2008, rec. 62/2008, Pte: Ingelmo Fernández, Ana (EDJ 2008/75148); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 24-4-2008, nº 369/2008, rec. 132/2008, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2008/79736); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-1-2009, nº 49/2009, rec. 13/2009, Pte: Tomás Benítez, Mariano (EDJ 2009/37461); Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 2ª, S 20-9-2010, nº 85/2010, rec. 199/2010, Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V. (EDJ 2010/270412); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 6-11-2012, nº 452/2012, rec. 878/2012, Pte: Ruiz Romero, José Luis (EDJ 2012/277039); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 22-1-2013, nº 10/2012, rec. 283/2012, Pte: Ordoñez Delgado, Mª del Carmen (EDJ 2013/9259); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 22-4-2013, nº 179/2013, rec. 228/2013, Pte: González Cuartero, María Teresa (EDJ 2013/99421); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 5-3-2014, nº 118/2014, rec. 405/2013, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2014/36029).

- que se realice sin violencia o intimidación;
- carencia de título jurídico legitimador de la posesión;
- voluntad contraria a la ocupación por el titular del inmueble manifestada en cualquier momento previo o posterior a la ocupación;
- el imprescindible elemento subjetivo del injusto (dada su estructura dolosa) consistente en conocer la ajenidad del bien y la ausencia de autorización o la manifestación de la oposición del titular”⁶¹⁴.

Asimismo, existe un sector jurisprudencial que limita la intervención penal, al considerar que se trata de una cuestión civil a dilucidar en este orden jurisdiccional, cuando el sujeto activo, que ha sido autorizado inicialmente para ocupar el inmueble, (aunque sea temporalmente o en calidad de precarista); luego, carece de título jurídico alguno que legitime su ocupación⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 26-10-2010, nº 849/2010, rec. 207/2010, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2010/328738); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 6-3-2012, nº 245/2012, rec. 227/2011, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2012/68217); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 22-3-2012, nº 316/2012, rec. 29/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/68246); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 14-12-2012, nº 413/2012, rec. 135/2012, Pte: Segura Sancho, Francisco (EDJ 2012/329255); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 13-1-2014, nº 8/2014, rec. 621/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos (EDJ 2014/26747); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 8-10-2008, nº 56/2008, rec. 29/2008, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración (EDJ 2008/312899); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2010/96709); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 14-5-2012, nº 146/2012, rec. 66/2012, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2012/267394).

⁶¹⁵ Así, la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314): “El delito de usurpación de inmuebles, introducido en el nuevo Código Penal, en su modalidad no violenta del número 2 del artículo 245, para dar cobertura penal específica a la ocupación de viviendas o edificios en contra de la voluntad de sus propietarios o poseedores, requiere para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. b) *Que el realizador de esa ocupación carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión, pues en el caso de que inicialmente hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque sea temporalmente o en calidad de precarista, el titular de la vivienda o edificio deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles para recuperar su posesión.* c) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio “contra la voluntad de su titular”, que en tal caso deberá ser expresa. d) Que concorra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio”. En idénticos términos, Vid., Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 19-5-2005, nº 2099/2005, rec. 2241/2004, Pte: Domeño Nieto, Yolanda (EDJ 2005/132184); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 9-9-2005, nº 64/2005, rec. 41/2005, Pte: Cabrera Garate, Rubén (EDJ 2005/196011); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2007/219115); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2007/273901); Audiencia Provincial de

El Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 15-11-2004, nº 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2004/197365), con ocasión del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, S 20-1-2003, nº

Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/63133); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008; Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/142401); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar (EDJ 2009/162720); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 22-6-2009, nº 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana Mª (EDJ 2009/397904); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 16-9-2009, nº 442/2009, rec. 150/2009, Pte: Morales González, Federico (EDJ 2009/336126); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2010/348972); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2011/330742); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 19-10-2011, nº 1080/2011, rec. 242/2010, Pte: Riera Ocariz, María (EDJ 2011/317552); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2012/224596); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 18-2-2013, nº 151/2013, rec. 859/2012, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/59976); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 22-2-2013, nº 37/2013, rec. 358/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316614); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 25-2-2013, nº 69/2013, rec. 121/2013, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2013/135866); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 1-3-2013, nº 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz (EDJ 2013/230856); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-3-2013, nº 131/2013, rec. 76/2013, Pte: García Sánchez, Mª Jesús (EDJ 2013/60352); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 9-5-2013, nº 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2013/90363); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 26-6-2013, nº 250/2013, rec. 340/2013, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2013/132603); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 5-7-2013, nº 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316835); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 13-9-2013, nº 323/2013, rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/181527); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 1-10-2013, nº 296/2013, rec. 108/2013, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316925); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 14-2-2014, nº 62/2014, rec. 1025/2013, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58502); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-2-2014, nº 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2014/22830); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa Mª (EDJ 2014/47368); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 10-4-2014, nº 173/2014, rec. 449/2013, Pte: Benito López, Alejandro María (EDJ 2014/81823); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-9-2014, nº 225/2014, rec. 310/2014, Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego (EDJ 2014/166484); Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778).

3/2003, rec. 3/2002, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2003/11377), en su Fundamento de Derecho sexto se pronuncia, parcialmente, sobre los elementos del tipo; al decir: “No pudo existir esta infracción penal porque faltan dos elementos del tipo descrito en tal art. 245.2: A) Se exige en esta norma que la ocupación se haga "sin autorización debida" y tal autorización existe por lo dispuesto en los arts. 1.3 y 38 de nuestra Ley Hipotecaria que consagra el llamado principio de legitimación registral en virtud del cual "a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo" (art. 38). Una vez inscritos en el Registro de la Propiedad los bienes inmuebles del casco urbano de Valdelavilla, lo que ocurrió el 10.1.96 (pág. 10 de la sentencia recurrida), fueron legítimamente ocupados por el Ayuntamiento de San Pedro Manrique y, después, tras la subasta pública referida, por "Soria Tierras Altas. S.A.". B) El mantenimiento en la ocupación ilegítima de los bienes inmuebles, según el propio texto del citado art. 145.2 [debe decir 245.2], ha de realizarse "contra la voluntad de su titular". Y la sentencia recurrida dice y repite (fundamento de derecho 1º) que los querellantes, que se afirman propietarios de determinadas casas del casco urbano de Valdelavilla no han "acreditado la existencia de título auténtico alguno sobre el que pudieran fundar su derecho" ni tampoco "han realizado actos indubitados o de cualquier clase de posesión", como "tampoco consta el abono o pago de algún tipo de contribución o impuesto, a lo largo de los años, por sus reclamadas propiedades" (pág. 12), añadiendo a continuación que "tampoco podemos fundar convicción alguna en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de esta ciudad, en fecha 9 de diciembre de 1998, en el Procedimiento verbal núm. 378/96, pues la misma fue revocada por la de esta Sala de fecha 9 de febrero de 1999-S-A.P. Soria núm. 28/99-, al apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, habiendo renunciado los demandantes, al menos de momento, a esta vía civil que es la que entendemos podía haber dado satisfacción a sus pretensiones, y así parece que lo entendieron en un principio”⁶¹⁶.

⁶¹⁶ Vid., Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 15-11-2004, nº 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2004/197365), y Audiencia Provincial de Soria, S 20-1-2003, nº 3/2003, rec. 3/2002, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2003/11377). Dispone el artículo 1 párrafo tercero, y el artículo 38 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria a que alude el Tribunal Supremo: Artículo 1.- “*Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley*”. Y el artículo 38.- “*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el*

Del Fundamento de Derecho transcrito se infiere que aunque el Tribunal Supremo exige como elementos del tipo que la ocupación se realice, *sin autorización debida y contra la voluntad de su titular*, ello no implica que sean éstos los dos únicos elementos de la conducta típica; sino que, en el caso concreto, la ausencia de éstos supuso que no podía existir infracción penal⁶¹⁷.

Una década después, el Alto Tribunal, con ocasión del recurso de casación interpuesto por infracción de ley e infracción de precepto constitucional contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en causa seguida por delitos de usurpación de inmueble, desobediencia a la autoridad y daños, como consecuencia de la condena por la ocupación de la finca militar “Las Turquillas”, bien demanial perteneciente al Centro Militar de Cría Caballar; dispuso en su Fundamento Jurídico Tercero, que “la modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de

asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos. Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero. En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento. Cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos ciento treinta y cuatro y concordantes de esta Ley. Las mismas reglas se observarán cuando, después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números segundo y tercero del artículo cuarenta y dos, pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor”.

⁶¹⁷ El Tribunal Supremo, al fallar en sentencia 15-11-2004, nº 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2004/197365) que no ha lugar al recurso de casación formulado, considera que no pudo existir esta infracción penal porque faltaban dos elementos del tipo descrito en tal art. 245.2; a saber, que la ocupación se realice *sin autorización debida y contra la voluntad de su titular*. Si bien, ello no implica que sean éstos los dos únicos elementos de la conducta típica. A pesar de ello, así lo establecen las siguientes resoluciones judiciales: *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 7-3-2014, nº 212/2014, rec. 28/2014, Pte: Martínez Zapater, Luis Fernando (EDJ 2014/50727); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 13-6-2013, nº 610/2013, rec. 150/2013, Pte: Rodríguez Santamaría, Ana (EDJ 2013/204112); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 26-5-2014, nº 390/2014, rec. 682/2014, Pte: Pelluz Robles, Luis Carlos (EDJ 2014/154566).

inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2º del artículo 245, requiere para su comisión los siguientes elementos:

- La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.
- Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.
- Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión.
- Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular", voluntad que deberá ser expresa.
- Que concorra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada⁶¹⁸.

⁶¹⁸ *Vid.*, Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778).

Diversas resoluciones de la Jurisprudencia *menor* reproducen lo establecido por el Tribunal Supremo, que aún no es Jurisprudencia⁶¹⁹.

3.1.- Ausencia de violencia o intimidación

Es opinión mayoritaria, tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia *menor*, que el apartado 1 del artículo 245 tipifica la ocupación violenta, mientras que el apartado 2 de este mismo artículo, tipifica la pacífica⁶²⁰.

⁶¹⁹ Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 12-2-2015, nº 89/2015, rec. 189/2014, Pte: Barrales León, María de las Maravillas (EDJ 2015/80202); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 26-2-2015, nº 199/2015, rec. 173/2014, Pte: Torras Coll, José María (EDJ 2015/54604); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 22-4-2015, nº 150/2015, rec. 79/2015, Pte: García Navascues, Víctor Manuel (EDJ 2015/96795); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 28-4-2015, nº 302/2015, rec. 655/2015, Pte: Rodríguez Padrón, Celso (EDJ 2015/72998); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 14-5-2015, nº 53/2015, rec. 33/2015, Pte: Suárez Sánchez, Urbano (EDJ 2015/89943); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 8-6-2015, nº 493/2015, rec. 117/2014, Pte: Sanz Altozano, Valentín Javier (EDJ 2015/113427); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 22ª, S 11-6-2015, nº 271/2015, rec. 64/2015, Pte: Solaz Ponsirenas, Juli (EDJ 2015/130517); Audiencia Provincial de Murcia, sec. 3ª, S 17-6-2015, nº 274/2015, rec. 35/2015, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2015/123443); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 24-6-2015, nº 90266/2015, rec. 114/2015, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane (EDJ 2015/151712); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 30-6-2015, nº 308/2015, rec. 889/2015, Pte: Jiménez Mantecón, Esperanza (EDJ 2015/166044); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 9-7-2015, nº 332/2015, rec. 10942/2014, Pte: Sáez Elegido, María de los Ángeles (EDJ 2015/177195); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 5-10-2015, nº 221/2015, rec. 29/2015, Pte: Marrero Francés, Ignacio (EDJ 2015/245576); Audiencia Provincial de A Coruña, sec. 1ª, S 7-10-2015, nº 479/2015, rec. 650/2015, Pte: Lamazares López, María Lucía (EDJ 2015/179954); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 10-12-2015, nº 504/2015, rec. 1524/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2015/248127); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 8ª, S 28-12-2015, nº 449/2015, rec. 76/2015, Pte: Rodríguez Bermúdez de Castro, Ignacio (EDJ 2015/273425); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 4-1-2016, nº 3/2016, rec. 1927/2015, Pte: Rodríguez Padrón, Celso (EDJ 2016/3926); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 28-1-2016, nº 55/2016, rec. 152/2015, Pte: Angulo González de Lara, Ignacio Francisco (EDJ 2016/39929).

⁶²⁰ Vid., ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 200; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60...* *Op. cit.*, Págs., 212-213; LANDECHO VELASCO, C.Mª., Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial...* *Op. cit.*, Pág., 200; GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 990; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996. Pág., 354. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 474; BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* *Op. cit.*, Pág., 446; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.... *Op. cit.*, Pág., 265; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 216; MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación

>> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963; GALLEGU SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 544; CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 810-811; MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 958; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 72; MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 344; ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Pág., 347; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: << Tema 34.- Delitos contra el patrimonio. VI.- Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (COORD.). Ed. Civitas-Thomson Reuters, 6ª edición. Navarra, 2011. Pág., 257; ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 255; CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...* *Op. cit.*, Pág., 253; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., Y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial...* *Op. cit.*, Pág., 163; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, Mª.C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 380; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 502; CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 224; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 657; PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 433; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.... *Op. cit.*, Pág., 156; MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario...* *Op. cit.*, Pág., 89; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Pág., 23; GARCÍA PÉREZ, J.J.: << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1800; CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado...* *Op. cit.*, Pág., 541; MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* *Op. cit.*, Pág., 170; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin...* *Op. cit.*, Pág., 3. La Jurisprudencia menor dispone que "el tipo previsto en el artículo 245 del Código Penal se ubica dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socio económico, a través del cual el legislador pretende proteger las facultades integrantes de los derechos reales inmobiliarios que permitan el uso y disfrute de los mismos, puesto que ya existen otros tipos penales que protegen aspectos diversos. El apartado primero requiere la ocupación de un inmueble o la usurpación, (uso, ejercicio) de derecho real inmobiliario con violencia o intimidación. El apartado segundo viene a configurarse como una figura complementaria pero distinta, en la medida en que no exige violencia o intimidación, se refiere a vivienda, inmueble o edificio ajeno que no constituya morada, lo que lo diferencia del allanamiento de morada". Con las mismas o similares palabras, *Vid.*, Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, Mª Paz (EDJ 2003/191683); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-7-2000, nº 150/2000, rec. 114/2000, Pte: Calderón Susín, Eduardo (EDJ 2000/37439); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324); Audiencia Provincial de

Consecuencia de ello es que la conducta ha de realizarse sin violencia o intimidación en las personas, pues, si así fuera resultaría aplicable el apartado 1 del artículo 245 del Código Penal⁶²¹.

Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2003/133177); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 24-1-2006, nº 19/2006, rec. 429/2005, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 2006/50636); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 7-2-2006, nº 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio (EDJ 2006/467276); Audiencia Provincial de La Rioja, sec. 1ª, S 15-2-2006, nº 43/2006, rec. 4/2006, Pte: Rodríguez Fernández, Luis Miguel (EDJ 2006/22344); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 28-6-2006, rec. 57/2006, Pte: Rovira del Canto, Enrique (EDJ 2006/376845); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 20-6-2007, nº 157/2007, rec. 97/2005, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J. (EDJ 2007/202111); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 6-11-2007, nº 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la (EDJ 2007/294401); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 15-2-2008, nº 32/2008, rec. 44/2008, Pte: Bellido Soria, Francisco (EDJ 2008/113141); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-1-2009, nº 49/2009, rec. 13/2009, Pte: Tomás Benítez, Mariano (EDJ 2009/37461); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2009, nº 122/2009, rec. 1/2009, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2009/36709); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 16-3-2009, nº 46/2009, rec. 22/2009, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2009/105351); Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, S 30-11-2010, nº 166/2010, rec. 1/2010, Pte: García Castillo, José Tomás (EDJ 2010/306413); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 1-12-2010, nº 783/2010, rec. 343/2010, Pte: Hernández Rueda, Mª Dolores (EDJ 2010/347812); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 9-5-2011, nº 315/2011, rec. 62/2011, Pte: Ingelmo Fernández, Ana (EDJ 2011/145094); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 6-6-2011, nº 495/2011, rec. 96/2011, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2011/164084); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 24-11-2011, nº 366/2011, rec. 116/2011, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2011/338234); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2012/86783); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 6ª, S 26-4-2012, nº 96/2012, rec. 63/2012, Pte: Goizueta Adame, José Luis (EDJ 2012/112531); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 8-4-2013, nº 335/2013, rec. 113/2013, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2013/87589); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2013/159701); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 16-9-2013, nº 466/2013, rec. 28/2013, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José (EDJ 2013/217899); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 19-9-2013, nº 179/2013, rec. 80/2013, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2013/202347); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 31-3-2014, nº 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2014/103115); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 16-12-2014, nº 865/2014, rec. 383/2014, Pte: Rubido de la Torre, José Luis (EDJ 2014/281606); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 27-1-2015, nº 10/2015, rec. 143/2014, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2015/23036).

⁶²¹ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476. La ausencia de violencia e intimidación es una característica negativa del hecho, la cual se infiere de la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del artículo 245 del Código Penal. “Determinadas figuras de delito exigen, en sus configuraciones típicas, no sólo la presencia de ciertos elementos, sino también la ausencia de otros: así, v. gr., el hurto del artículo 234 del Código penal requiere que la acción de tomar las cosas muebles ajenas se realice sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas. (El tenor literal del precepto no menciona dichos elementos negativos, pero éstos se deducen de la lectura conjunta de los artículos 234

Los términos de violencia o intimidación deben entenderse igual que en el delito de robo con violencia o intimidación; y *a sensu contrario* la ausencia de los mismos⁶²².

Así, afirma DE ELENA MURILLO: “El párrafo segundo del artículo 245 sigue a la tipificación y castigo de la usurpación violenta, descrita en el primero... El artículo 245 guarda una fuerte relación de simetría con las modalidades del robo y del hurto, que giran en torno a la desposesión de cosas muebles. Como en ellos, la acción típica atenta primariamente a la posesión del objeto sobre el que recaen, que en este caso, ha de ser un inmueble”⁶²³.

Es unánime la Jurisprudencia *menor* al exigir la ausencia de violencia o intimidación⁶²⁴.

y 237). Sin embargo, en tales supuestos, no cabe hablar de "elementos negativos del tipo", puesto que las características mencionadas no pueden, precisamente, bajo ningún concepto, integrar el hecho típico, y son, exclusivamente, formas específicas de su limitación legal. (A lo sumo, cabe hablar en estos casos, de "características (no elementos) negativas del hecho)". COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 451-452.

⁶²² MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 396. “Los conceptos de "violencia o intimidación en las personas" pueden interpretarse como en el delito de robo... La violencia o la intimidación no tienen necesariamente que ser ejercidas contra el titular patrimonial (sujeto pasivo del delito), pudiendo recaer también sobre otras personas... Por tanto, sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción pueden ser distintos”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 207-208. “El concepto de violencia e intimidación es el mismo que en el robo, cabiendo tanto la violencia física o corporal como la llamada violencia psíquica, e incluso según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la "vis in rebus" o violencia sobre la cosa cuando a ésta sigue un acto de acometimiento corporal inmediato contra la víctima”. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 990. “La violencia o intimidación a que se refiere el artículo [245.1 CP], y que ha de tener siempre naturaleza instrumental, siendo utilizada como medio para "ocupar" o "usurpar", se corresponde con las conductas aludidas en otros preceptos del Código, tales como el artículo 242”. MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1962. *Vid.*, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo II.- De los robos >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.). Ed. Civitas. Madrid, 1997. Págs., 684-697.

⁶²³ DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 763-764. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 18-9-2006, nº 717/2006, rec. 281/2006, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2006/356074).

⁶²⁴ Así la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 27-9-2000, nº 332/2000, rec. 31/2000, Pte: Fresneda García, Mª del Carmen (EDJ 2000/41022): “No son necesarios por tanto violencia, intimidación, amenazas o fuerza para que se dé tal ilícito”. La Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº

108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563): “El recurso ha de ser desestimado por concurrir todos los requisitos exigidos por el art. 245.2 CP, que introduce un nuevo tipo penal, antes desconocido en el Código de 1.973, que quiere salir al paso del fenómeno sociológico de los “Okupas”, que afecta, al menos a varios países de la Europa Occidental. La acción que se incrimina es la ocupación de casas o edificios, es decir, tomar posesión de ello, aprovechando su desocupación (en otro caso habría allanamiento de morada) pero sin contar con la autorización del dueño. Lo que caracteriza esta modalidad de delito es que la ocupación se produce sin enfrentamiento y, por tanto sin vencer una eventual oposición a la ocupación mediante el empleo de violencia o intimidación”. La Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, Mª Paz (EDJ 2003/191683): “El apartado primero requiere la ocupación de un inmueble o la usurpación, (uso, ejercicio) de derecho real inmobiliario con violencia o intimidación. El apartado segundo viene a configurarse como una figura complementaria pero distinta, en la medida en que no exige violencia o intimidación, se refiere a vivienda, inmueble o edificio ajeno que no constituya morada, lo que lo diferencia del allanamiento de morada”. La Audiencia la Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 1-6-2012, nº 229/2012, rec. 280/2011, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2012/143712): “El delito de usurpación de inmuebles, en su modalidad no violenta del núm. 2 del artículo 245 del Código Penal, requiere para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, *sin violencia o intimidación*, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia...”. *Vid.*, Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 29-10-1997, nº 150/1997, rec. 0323/1997, Pte: Terrasa García, Antonio José (EDJ 1997/12296); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 12-2-1999, nº 103/1999, rec. 29/1999, Pte: Maza Martín, José Manuel (EDJ 1999/7078); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 2ª, S 26-2-1999, rec. 118/1998, Pte: García García, Santiago (EDJ 1999/2027); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael (EDJ 2000/65587); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 12-2-2002, nº 70/2002, rec. 75/2002, Pte: Vera Llorens, José Luis (EDJ 2002/18907); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2003/133177); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 23-9-2004, nº 396/2004, rec. 289/2004, Pte: Alhambra Pérez, Pilar (EDJ 2004/278352); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 19-5-2005, nº 2099/2005, rec. 2241/2004, Pte: Domeño Nieto, Yolanda (EDJ 2005/132184); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 9-9-2005, nº 64/2005, rec. 41/2005, Pte: Cabrera Garate, Rubén (EDJ 2005/196011); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 7-2-2006, nº 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio (EDJ 2006/467276); Audiencia Provincial de La Rioja, sec. 1ª, S 15-2-2006, nº 43/2006, rec. 4/2006, Pte: Rodríguez Fernández, Luis Miguel (EDJ 2006/22344); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 28-6-2006, rec. 57/2006, Pte: Rovira del Canto, Enrique (EDJ 2006/376845); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 15-9-2006, nº 474/2006, rec. 103/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/337878); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 16-10-2006, nº 532/2006, rec. 156/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/345975); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2007/219115); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 20-6-2007, nº 157/2007, rec. 97/2005, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J. (EDJ 2007/202111); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 6-11-2007, nº 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la (EDJ 2007/294401); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2007/273901); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 15-2-2008, nº 32/2008, rec. 44/2008, Pte: Bellido Soria, Francisco (EDJ 2008/113141); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/63133); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª,

S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 9-6-2008, nº 332/2008, rec. 169/2008, Pte: Climent Durán, Carlos (EDJ 2008/142471); Audiencia Provincial de Ávila, sec. 1ª, S 25-7-2008, nº 107/2008, rec. 141/2008, Pte: Rodríguez Duplá, Mª José (EDJ 2008/362528); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008; Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 8-10-2008, nº 56/2008, rec. 29/2008, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración (EDJ 2008/312899); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 2-1-2009, nº 731/2009, rec. 519/2007, Pte: Sánchez Cano, Mª Jesús (EDJ 2009/18090); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-1-2009, nº 49/2009, rec. 13/2009, Pte: Tomás Benítez, Mariano (EDJ 2009/37461); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/142401); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2009, nº 122/2009, rec. 1/2009, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2009/36709); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2009, nº 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2009/142926); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 16-3-2009, nº 46/2009, rec. 22/2009, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2009/105351); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar (EDJ 2009/162720); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 22-6-2009, nº 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana Mª (EDJ 2009/397904); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 16-9-2009, nº 442/2009, rec. 150/2009, Pte: Morales González, Federico (EDJ 2009/336126); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2009/414265); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-10-2009, nº 649/2009, rec. 316/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/304441); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 16-10-2009, nº 351/2009, rec. 166/2009, Pte: Montesinos Pidal, Mª Inmaculada (EDJ 2009/427122); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2010/96709); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/197095); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-7-2010, nº 68/2010, rec. 58/2010, Pte: Giner Gutiérrez, Diego (EDJ 2010/195004); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 8-10-2010, nº 562/2010, rec. 236/2010, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2010/377180); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 26-10-2010, nº 849/2010, rec. 207/2010, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2010/328738); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2010/348972); Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, S 30-11-2010, nº 166/2010, rec. 1/2010, Pte: García Castillo, José Tomás (EDJ 2010/306413); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 1-12-2010, nº 783/2010, rec. 343/2010, Pte: Hernández Rueda, Mª Dolores (EDJ 2010/347812); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 15-12-2010, nº 1086/2010, rec. 730/2010, Pte: Arévalo Lassa, José Ignacio (EDJ 2010/356780); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 10-1-2011, nº 22/2011, rec. 717/2010, Pte: Gil Hernández, Ángel (EDJ 2011/180277); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2011/330742); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 9-5-2011, nº 315/2011, rec. 62/2011, Pte: Ingelmo Fernández, Ana (EDJ 2011/145094); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 14-10-2011, nº 850/2011, rec. 179/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261916); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-10-2011, nº 861/2011, rec. 194/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261929); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 19-10-2011, nº 1080/2011, rec. 242/2010, Pte: Riera Ocariz, María (EDJ 2011/317552); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 24-11-2011, nº 366/2011, rec. 116/2011, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2011/338234); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 30-1-2012, nº 91/2012, rec. 28/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/31901); Audiencia Provincial de Álava, sec. 2ª, S 14-2-2012, nº 52/2012, rec. 9/2012, Pte: Poncela García, Jesús Alfonso (EDJ 2012/98553); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª,

S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, M^a del Carmen (EDJ 2012/86783); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3^a, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2012/119783); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10^a, S 6-3-2012, nº 245/2012, rec. 227/2011, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2012/68217); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8^a, S 21-3-2012, nº 205/2012, rec. 41/2012, Pte: Barrientos Pacho, Jesús María (EDJ 2012/62401); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10^a, S 22-3-2012, nº 316/2012, rec. 29/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/68246); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4^a, S 14-5-2012, nº 146/2012, rec. 66/2012, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2012/267394); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6^a, S 1-6-2012, nº 229/2012, rec. 280/2011, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2012/143712); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7^a, S 16-7-2012, nº 657/2012, rec. 44/2012, Pte: Acevedo Frías, Ángela Ascensión (EDJ 2012/179952); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2^a, S 5-9-2012, nº 285/2012, rec. 686/2012, Pte: Trebolle Fernández, Feliciano (EDJ 2012/204740); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6^a, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2012/224596); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3^a, S 27-9-2012, nº 673/2012, rec. 316/2012, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, M^a del Carmen (EDJ 2012/275047); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1^a, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2^a, S 16-11-2012, nº 442/2012, rec. 996/2012, Pte: Taboada Caseiro, M^a del Carmen (EDJ 2012/316252); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1^a, S 30-11-2012, nº 460/2012, rec. 762/2012, Pte: Garrido Sancho, Pedro Luis (EDJ 2012/320888); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1^a, S 14-12-2012, nº 413/2012, rec. 135/2012, Pte: Segura Sancho, Francisco (EDJ 2012/329255); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3^a, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4^a, S 18-2-2013, nº 151/2013, rec. 859/2012, Pte: Iglesias Carrera, M^a Teresa (EDJ 2013/59976); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1^a, S 22-2-2013, nº 37/2013, rec. 358/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316614); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3^a, S 25-2-2013, nº 69/2013, rec. 121/2013, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2013/135866); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 1^a, S 25-2-2013, nº 83/2013, rec. 1249/2012, Pte: Picatoste Sueiras, Ignacio Alfredo (EDJ 2013/29949); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3^a, S 1-3-2013, nº 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz (EDJ 2013/230856); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2^a, S 22-3-2013, nº 131/2013, rec. 76/2013, Pte: García Sánchez, M^a Jesús (EDJ 2013/60352); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15^a, S 8-4-2013, nº 335/2013, rec. 113/2013, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2013/87589); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3^a, S 23-4-2013, nº 203/2013, rec. 151/2013, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2013/90098); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1^a, S 9-5-2013, nº 207/2013, rec. 374/2013, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2013/223642); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16^a, S 9-5-2013, nº 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2013/90363); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9^a, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7^a, S 13-6-2013, nº 610/2013, rec. 150/2013, Pte: Rodríguez Santamaría, Ana (EDJ 2013/204112); Audiencia Provincial de Asturias, sec. 2^a, S 14-6-2013, nº 257/2013, rec. 42/2013, Pte: García-Braga Pumarada, Julio (EDJ 2013/133449); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2^a, S 26-6-2013, nº 250/2013, rec. 340/2013, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2013/132603); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1^a, S 5-7-2013, nº 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316835); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3^a, S 22-7-2013, nº 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2013/159701); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2^a, S 13-9-2013, nº 323/2013, rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/181527); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2^a, S 16-9-2013, nº 466/2013, rec. 28/2013, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José (EDJ 2013/217899); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3^a, S 19-9-2013, nº 179/2013, rec. 80/2013, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2013/202347); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1^a, S 1-10-2013, nº 296/2013, rec. 108/2013, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316925); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4^a, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, M^a Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3^a, S 15-10-2013, nº 538/2013, rec. 210/2013, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2013/296178); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1^a, S 15-11-2013, nº 345/2013, rec. 723/2013, Pte: Juan Sanjosé, Rafael Juan (EDJ 2013/313470); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1^a, S 20-11-2013, nº 626/2013, rec. 55/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2013/298944); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5^a, S 13-1-2014, nº 8/2014, rec. 621/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos (EDJ 2014/26747); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1^a, S 14-2-2014, nº 62/2014, rec. 1025/2013, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58502); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1^a, S 17-2-2014, nº 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2014/22830); Audiencia Provincial de

Madrid, sec. 3ª, S 18-2-2014, nº 47/2014, rec. 31/2014, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2014/29724); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 24-2-2014, nº 131/2014, rec. 43/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2014/29870); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-3-2014, nº 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/38136); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 5-3-2014, nº 94/2014, rec. 5/2014, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58524); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa Mª (EDJ 2014/47368); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 31-3-2014, nº 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2014/103115); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 10-4-2014, nº 173/2014, rec. 449/2013, Pte: Benito López, Alejandro María (EDJ 2014/81823); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 5-5-2014, nº 281/2014, rec. 1355/2013, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen (EDJ 2014/133701); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 1ª, S 21-5-2014, nº 318/2014, rec. 1645/2013, Pte: Lamazares López, Lucía (EDJ 2014/132202); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 28-5-2014, nº 321/2014, rec. 316/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2014/181488); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-9-2014, nº 225/2014, rec. 310/2014, Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego (EDJ 2014/166484); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 9-10-2014, nº 421/2014, rec. 859/2014, Pte: Martínez García, Ángel Santiago (EDJ 2014/211825); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2014, nº 550/2014, rec. 35/2014, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2014/263847); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 12-11-2014, nº 1091/2014, rec. 414/2014, Pte: Riera Ocariz, Adoración María (EDJ 2014/255747); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 13-11-2014, rec. 239/2014, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2014/252436); P Madrid, sec. 1ª, S 5-12-2014, nº 522/2014, rec. 1172/2014, Pte: Herrero Pérez, María del Carmen (EDJ 2014/244882); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 13-1-2015, nº 13/2015, rec. 967/2014, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2015/36273); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 15-1-2015, nº 118/2015, rec. 291/2014, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2015/55562); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 16-1-2015, nº 33/2015, rec. 334/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2015/54291); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 26-1-2015, nº 55/2015, rec. 477/2013, Pte: García Quesada, María Teresa (EDJ 2015/22101); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 27-1-2015, nº 10/2015, rec. 143/2014, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2015/23036); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 27-1-2015, nº 8/2015, rec. 1069/2013, Pte: Cabello Díaz, Inocencia Eugenia (EDJ 2015/58655); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 12-2-2015, nº 89/2015, rec. 189/2014, Pte: Barrales León, María de las Maravillas (EDJ 2015/80202); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 26-2-2015, nº 93/2015, rec. 1236/2014, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2015/35113); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 26-2-2015, nº 199/2015, rec. 173/2014, Pte: Torras Coll, José María (EDJ 2015/54604); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 2-3-2015, nº 154/2015, rec. 288/2015, Pte: Revuelta Iglesias, Ana Victoria (EDJ 2015/39081); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 5-3-2015, nº 180/2015, rec. 35/2015, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2015/94940); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 17-3-2015, nº 50/2015, rec. 161/2014, Pte: Orea Albares, María Victoria (EDJ 2015/45566); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 10-4-2015, nº 251/2015, rec. 544/2015, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2015/76376); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 22-4-2015, nº 150/2015, rec. 79/2015, Pte: García Navascues, Víctor Manuel (EDJ 2015/96795); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 24-4-2015, nº 97/2015, rec. 1001/2014, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2015/152595); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 27-4-2015, nº 307/2015, rec. 664/2015, Pte: Teijeiro Dacal, Francisco Javier (EDJ 2015/91360); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 28-4-2015, nº 302/2015, rec. 655/2015, Pte: Rodríguez Padrón, Celso (EDJ 2015/72998); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 6-5-2015, nº 176/2015, rec. 96/2015, Pte: Segura Sancho, Francisco (EDJ 2015/106578); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 14-5-2015, nº 53/2015, rec. 33/2015, Pte: Suárez Sánchez, Urbano (EDJ 2015/89943); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 20-5-2015, nº 466/2015, rec. 221/2014, Pte: Hernández Pascual, Julio (EDJ 2015/104202); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 25-5-2015, nº 181/2015, rec. 387/2015, Pte: Pérez Espino, Esperanza (EDJ 2015/108064); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 26-5-2015, nº 260/2015, rec. 47/2015, Pte: Benito López, Alejandro María (EDJ 2015/139041); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 4-6-2015, nº 546/2015, rec. 277/2014, Pte: Salcedo Velasco, Andrés (EDJ 2015/124342); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 8-6-2015, nº 493/2015, rec. 117/2014, Pte: Sanz Altozano, Valentín Javier (EDJ 2015/113427); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 10-6-2015, nº 398/2015, rec. 884/2015, Pte:

Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2015/125591); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 22ª, S 11-6-2015, nº 271/2015, rec. 64/2015, Pte: Solaz Ponsirenas, Juli (EDJ 2015/130517); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 15-6-2015, nº 294/2015, rec. 643/2015, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2015/119494); Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 16-6-2015, nº 280/2015, rec. 47/2014, Pte: Roig Angosto, María Concepción (EDJ 2015/119958); Audiencia Provincial de Murcia, sec. 3ª, S 17-6-2015, nº 274/2015, rec. 35/2015, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2015/123443); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 24-6-2015, nº 90266/2015, rec. 114/2015, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane (EDJ 2015/151712); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 30-6-2015, nº 308/2015, rec. 889/2015, Pte: Jiménez Mantecón, Esperanza (EDJ 2015/166044); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 9-7-2015, nº 332/2015, rec. 10942/2014, Pte: Sáez Elegido, María de los Ángeles (EDJ 2015/177195); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 16-9-2015, nº 741/2015, rec. 173/2015, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2015/194734); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 5-10-2015, nº 221/2015, rec. 29/2015, Pte: Marrero Francés, Ignacio (EDJ 2015/245576); Audiencia Provincial de A Coruña, sec. 1ª, S 7-10-2015, nº 479/2015, rec. 650/2015, Pte: Lamazares López, María Lucía (EDJ 2015/179954); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 8-10-2015, nº 678/2015, rec. 1441/2015, Pte: Rubio Cabrero, Mª Teresa (EDJ 2015/210613); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 16-10-2015, nº 331/2015, rec. 802/2015, Pte: Ruiz Romero, José Luis (EDJ 2015/203578); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-10-2015, nº 697/2015, rec. 1489/2015, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2015/210814); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 11-11-2015, nº 748/2015, rec. 59/2015, Pte: Fernández Hevia, María del Rosario (EDJ 2015/252037); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 10-12-2015, nº 504/2015, rec. 1524/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2015/248127). Incurrir en un error la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-4-2006, nº 249/2006, rec. 143/2006, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2006/86614), en su Fundamento Jurídico segundo al decir: “El art. 245.2 del Código Penal describe como delito ocupar sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular. Así pues como elemento subjetivo se exige la presencia de dolo; esto es, voluntad de realizar la usurpación y procurarse una utilidad o provecho económico. Como elemento objetivo, la acción consiste en ocupar (una cosa inmueble) o en usurpar (un derecho real inmobiliario ajeno). Tanto en uno como en otro caso, se requiere una apropiación y una coetánea desposesión del inmueble o derecho real. El resultado exige, además de la ocupación o usurpación efectivas, que reporte una utilidad y se cause un daño, en función de lo cual se determina la pena de multa a aplicar, *además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas*. Además se exige una certeza sobre la ajenidad de los bienes presuntamente usurpados”. También consideramos que yerra la Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 20-4-2006, nº 22/2006, rec. 11/2006, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2006/74951), al decir: “El delito de usurpación previsto y penado en el art. 245.2 del Código Penal sanciona la ocupación, sin la debida autorización, de un edificio ajeno, que no constituye morada, o, el mantenimiento en él contra la voluntad de su titular. Con relación al tipo subjetivo se exige la presencia de dolo; esto es, voluntad de realizar la usurpación y procurarse una utilidad o provecho económico. Sobre el tipo objetivo, la acción consiste en ocupar (una cosa inmueble) o en usurpar (un derecho real inmobiliario ajeno). Tanto en uno como en otro caso, se requiere una apropiación y una coetánea desposesión del inmueble o derecho real. El resultado exige, además de la ocupación o usurpación efectivas, que reporte una utilidad y se cause un daño, en función del cual se determina la pena de multa a aplicar, *además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas*”. Esta última sentencia, como la de Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 14-6-2007, nº 40/2007, rec. 16/2007, Pte: Carrión Matamoros, Alfonso (EDJ 2007/157221) se remiten a la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 2ª, S 11-3-2005, nº 17/2005, rec. 18/2005, Pte: Montalvá Sempere, Mª Ángeles (EDJ 2005/24554), la cual, a su vez, se remite a la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 2ª, S 3-7-2003, nº 20/2003, rec. 1241/2002, Pte: Martínez Espín, Pascual (EDJ 2003/205145), que analiza el artículo 245.1 del CP y no el apartado 2. Ésta es la razón por la que consideramos que estas sentencias yerran, pues, aunque aluden al apartado 2 del artículo 245, en realidad lo hacen al apartado 1, toda vez que hacen referencia a elementos característicos de la usurpación propia o violenta tales como la utilidad obtenida, el daño causado y la pena que corresponde imponer por las violencias ejercidas; así, como porque son remisiones viciadas a una sentencia que analiza la usurpación propia o violenta. Lo mismo puede predicarse de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 16-12-2014, nº 865/2014, rec. 383/2014, Pte: Rubido de la Torre, José Luis (EDJ 2014/281606), pues aunque dice: “La acción típica consiste en ocupar (v.gr. tomar posesión material) un bien inmueble o usurpar (v.gr. despojar a otro de un derecho que le pertenece ejerciéndolo en lugar del titular al que se suplanta) un derecho real ajeno, empleando violencia o intimidación”, consideramos que es una errónea referencia al artículo 245.1 CP. No ya sólo porque en el art. 245.2 CP la acción típica no es ocupar un bien inmueble o usurpar un derecho real, sino ocupar, sin autorización debida, o mantenerse contra la

3.1.1.- TIPO PRIVILEGIADO: POSTURA DE BAUCCELLS I LLADOS

Frente a la postura de BAUCCELLS I LLADOS que considera que el artículo 245.2 del Código Penal es un tipo privilegiado respecto del 245.1, y que las conductas de ocupación y mantenimiento en bienes inmuebles, viviendas y edificios ajenos del artículo 245.2 del Código Penal requieren ser desarrolladas con la misma violencia o intimidación que las previstas en el párrafo primero; la generalidad de la doctrina rechaza la idea de que ambos tipos sean modalidades de ocupación violenta o intimidatoria, y considera que se trata de dos tipos autónomos, que tienen en común algunos elementos, pero que en otros aspectos se diferencian⁶²⁵.

voluntad de su titular, en un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituya morada; sino también porque en la propia sentencia dice: “El artículo 245 del Código Penal tipifica los delitos de ocupación violenta de cosa inmueble (art. 245.1), usurpación de derechos reales (art. 245.1) y ocupación no violenta de inmuebles vacíos (245.2)”;

⁶²⁵ Vid., BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 132-145; BAUCCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... Op. cit., Págs., 725-728. BAUCCELLS I LLADOS, diferencia las dos modalidades de ocupación de bienes inmuebles en función del objeto material; afirmando que el artículo 245.2 CP es un tipo privilegiado respecto del 245.1 CP, y que la única diferencia entre ambos estriba en que los bienes inmuebles del tipo privilegiado son los que no han estado ocupados nunca o los que están definitivamente abandonados. Vid., ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 200; OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... Op. cit., Págs., 62-63. “El tipo se configura como un tipo privilegiado en relación con el número 1 (multa de tres a seis meses)”. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo V.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 704. “El hecho de que en el párrafo primero del artículo 245 CP apareciera la expresión “con violencia o intimidación en las personas” y que ésta no apareciera en el segundo, ha llevado a la doctrina y a la primera jurisprudencia a entender que mientras en el párrafo primero se tipificaba la ocupación violenta o usurpación propia, en el párrafo segundo se tipificaba la ocupación pacífica o usurpación impropia. En nuestra opinión, y en contra de esos primeros comentarios doctrinales, las conductas de ocupación y mantenimiento en bienes inmuebles, viviendas y edificios ajenos del artículo 245.2 CP requieren ser desarrolladas con la misma violencia o intimidación que las previstas en el párrafo primero”. BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 132-133. “El párrafo segundo del artículo 245 CP constituye un tipo privilegiado del párrafo primero que sería el tipo básico. Desde este modo, dogmáticamente, todos los requisitos del tipo básico deberán entenderse extendidos al privilegiado. Entre ellos, la alusión en el párrafo primero a que la ocupación se desarrolle “con violencia o intimidación en las personas” obliga a exigir ese requisito también en la acción del párrafo segundo”. BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Pág., 135. “Siendo así (y como se deduce de la relación de los dos párrafos como tipo básico y privilegiado), si ambos tipos penales tienen el mismo objeto material (bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios ajenos), si en ambos la acción requiere los mismos elementos objetivos (ocupar y mantenerse, violencia o intimidación en las personas) y subjetivos (ánimo de lucro y actuar en concepto de dueño), queda por ver, entonces, cuál sería el elemento diferenciador que justificaría o explicaría la existencia de dos tipos penales distintos, puesto que de lo contrario vaciaríamos

Sostiene BAUCCELLS I LLADOS que “limitando la relevancia penal de estas conductas a aquellos casos donde se lleven a cabo las ocupaciones con violencia, dejando las pacíficas a la vía civil, se estará motivando al ciudadano a actuar de forma pacífica. Y esa es precisamente la principal finalidad del Derecho penal: estar únicamente al servicio de un marco mínimo de convivencia. Si el Derecho penal logra erradicar la violencia ya ha conseguido su objetivo para que el Derecho pueda encontrar sus soluciones en el ámbito civil”. Pese a ello, el legislador no sólo ha tipificado como delito la ocupación violenta, a la que además se le viene a imponer una mayor pena tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (de una pena de multa pasa a una pena de prisión), sino que igualmente considera como punible la denominada ocupación no violenta u ocupación pacífica o impropia⁶²⁶.

el párrafo segundo de contenido. En nuestra opinión, la diferencia entre ambos tipos penales se encontraría en la alusión que el artículo 245.2 CP hace de que esos bienes inmuebles, viviendas o edificios ajenos "no constituyan morada"... y es en esa concreción donde ambos tipos penales encontrarían su razón de ser; la justificación de su existencia legal. El objeto material de este delito del párrafo segundo se describe de forma negativa. Por tanto la diferenciación entre el tipo básico del artículo 245.1 CP y el tipo privilegiado del artículo 245.2 CP dependerá lógicamente del concepto "morada". BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* *Op. cit.*, Pág., 157. “Desde este análisis objetivo funcional del concepto de "morada" en los delitos de usurpación, en el segundo párrafo del artículo 245 CP se vendría a castigar la conducta del que, con violencia o intimidación en las personas, ocupe bienes inmuebles que por no haber estado nunca ocupados, o por estar abandonados de forma efectiva no pueden ser considerados "morada" en el sentido patrimonial del término... De este modo llegamos a la conclusión que el legislador en el artículo 245.2 CP sanciona con menos pena (de tres a seis meses de multa) la ocupación violenta de bienes inmuebles que no han estado nunca ocupados o que están abandonados de forma definitiva por no afectar a ninguna función económica o social del patrimonio”. BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* *Op. cit.*, Pág., 164-165. BARBER BURUSCO no comparte las conclusiones a que llega BAUCCELLS I LLADOS; considerando que “resulta poco compatible con el tenor literal del texto en análisis”, en << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 7. En relación a los reparos en cuanto a los argumentos esgrimidos por BAUCCELLS I LLADOS, *Vid.*, BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 7-9. “Existen dudas doctrinales de si, al no hacerse referencia expresa a la violencia o intimidación, se castiga la "ocupación pacífica" o sólo la violenta o intimidatoria. La Jurisprudencia acepta las ocupaciones pacíficas como típicas”. CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.): *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición ampliada y puesta al día. Valencia, 2004. Págs., 534-535. Como de “tipo privilegiado” ha sido calificado por la Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael (EDJ 2000/65587), al decir: “El art. 245.2 del CP, donde se funda la condena constituye un tipo privilegiado en relación con el núm. 1 de la misma norma”.

⁶²⁶ *Vid.*, BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* *Op. cit.*, Pág., 171; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin...* *Op. cit.*, Pág., 5.

3.1.2.- TIPO AUTÓNOMO O “SUI GENERIS”

La ausencia de violencia o intimidación contra las personas es precisamente la razón de ser de esta figura, autónoma respecto del delito tradicional de ocupación, pues resulta evidente que la voluntad del Legislador se ha dirigido a incriminar las conductas de los denominados “okupas” que tanta trascendencia social, ha venido teniendo en los últimos años, integrando incluso un llamado “movimiento okupa” de protesta⁶²⁷.

⁶²⁷ “Se trata de una penalización de las acciones de los “okupas””. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60... Op. cit.*, Pág., 213. “Con la criminalización [de esta conducta] el legislador pretendía poner freno a conductas de ocupación de inmuebles por parte de personas integrantes del llamado “movimiento okupa””. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 991. “Esta infracción, en la que se sanciona penalmente la conducta de los, por ellos, comúnmente denominados “okupas””. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88. “Se trata del fenómeno moderno conocido de los “okupas””. SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, Pág., 409. “El segundo apartado del art. 245 da respuesta al moderno fenómeno de los okupas”. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.... *Op. cit.*, Pág., 266. “Coinciden los autores en que la intención del legislador ha sido dar respuesta adecuada al fenómeno de los “okupas”, acompañado con frecuencia de una actitud de rebeldía en la que se unen el desprecio a la propiedad ajena y a toda norma administrativa”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 221. “Se da respuesta con este artículo al fenómeno de los “okupas”, no contemplado en el Código Penal anterior”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 810. “La inclusión de esta conducta como delictiva proviene de la voluntad del legislador de dar respuesta jurídico-penal al fenómeno sociológico de los denominados “okupas”, y para dar mayor protección a los propietarios de viviendas desocupadas que tienen que hacer frente a este tipo de situaciones”. MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 958. “La introducción de este inédito delito se debe al auge del movimiento “okupa” en España”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Pág., 2. “El tipo tiene el fin de sancionar las conductas de los llamados “okupas”... y, para dar protección a los propietarios de las viviendas desocupadas”. LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles... Pág., 2*. “El legislador ha querido cubrir esta laguna tipificando expresamente el supuesto de la “ocupación” como tal (que realizan los que en el lenguaje coloquial se llaman “okupas” y constituyen un movimiento contestatario bastante extendido en algunas ciudades), pero también las “ocupaciones” más simbólicas que reales de fincas rústicas”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 397. “Se trata del supuesto que realizan los denominados “okupas””. ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 255. “En bastantes ocasiones, no son más que ocupaciones de carácter contestatario realizadas por los denominados “okupas””. CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio... Op. cit.*, Pág., 253. “El delito previsto en el art. 245.2 está destinado a refrenar un fenómeno social fruto de la carestía de la vivienda, como es el protagonizado por los denominados “okupas””. ORTOS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)... Op. cit.*, Pág., 564. “Pretende este precepto la criminalización de las conductas de los denominados okupas”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto

Serán aquí, por ende, estrictas razones de política criminal, por encima de la gravedad en sí de las conductas, las que justifican la incorporación de este tipo legal en nuestro ordenamiento, dirigido a reprimir fundamentalmente las ocupaciones, subrepticias y no violentas, de locales y viviendas desocupados⁶²⁸.

de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 433. “Es una novedad criminalizadora de la actividad hasta este momento atípica de los vulgarmente llamados "okupas"”. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.... *Op. cit.*, Pág., 156. “Coinciden los autores en que la intención del legislador ha sido dar respuesta adecuada al fenómeno de los "okupas", que se proyecta fundamentalmente sobre edificios vacíos y, en primer término sobre viviendas en dicha situación, siendo acompañado con frecuencia por una actitud de rebeldía en la que se unen el desprecio a la propiedad ajena y a toda norma administrativa”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 908. “Finalidad legislativa perseguida con el art. 245.2: Este tipo de delito fue introducido en nuestra legislación por el CP 1995 a fin de sancionar las conductas de los llamados "okupas"”. CLIMENT DURÁN, C.: *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*... *Op. cit.*, Pág., 1328. “La razón de la introducción de este nuevo precepto en el Código penal español obedece, sin lugar a dudas, a la problemática que suscita la vivienda en la actualidad, lo que ha provocado en el legislador un replanteamiento de la misma en el ámbito legal. Así, la escasez de vivienda unida a su elevado precio, amén de otros factores, han dado lugar al denominado fenómeno de la ocupación por una serie de individuos organizados en determinadas colectividades o movimientos, fenómeno que no sólo afecta a España sino también al resto de Europa. El legislador, ante la mencionada escasez de vivienda, ha reaccionado en diferentes ámbitos... en el penal, tipificando..., la ocupación o mantenimiento sin autorización en un inmueble de pertenencia ajena que no constituya morada”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 20. “El delito nace como respuesta jurídico penal al fenómeno sociológico de los denominados "okupas" y para dar protección a los propietarios de viviendas desocupadas”. DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 783. “El precepto nace inequívocamente para solucionar por la vía penal, el problema de escasez de vivienda, o de viviendas accesibles. Y más exactamente, para dar una respuesta punitiva al fenómeno de los "okupas"”. VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1207. “El legislador de 1995 introdujo este nuevo tipo penal seguramente para dar respuesta al problema de los llamados "okupas"”. VICENTE MARTÍNEZ, R.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.Mª. (DIRS.); NIETO MARTÍN, A., Y PÉREZ CEPEDA, A.I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 554. “Recoge una nueva modalidad comisiva, reflejo de una importante demanda social, cual era acabar con el fenómeno de los llamados "okupas" y otorgar así una más firme protección al derecho de propiedad privada”. BENTABOL MANZANARES, F.: *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades*... *Op. cit.*, Pág., 60. “En el nº 2 [del art. 245] el legislador de 1995, intentando dar respuesta punitiva y político-criminal al fenómeno de los "okupas", se sanciona la ocupación no violenta y el mantenimiento en ellos de inmuebles ajenos vacíos”. GARCÍA PÉREZ, J.J.: << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1800. “El segundo apartado del art. 245 da respuesta al moderno fenómeno de los "okupas", no contemplado en el Código Penal de 1973”. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado*... *Op. cit.*, Pág., 541.

⁶²⁸ MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963. “La criminalización de esta conducta, que se debe a una concreta opción de política legislativa..., parece responder, por ello, más bien a la vigencia de un Derecho penal simbólico, y a la relativa ineficacia

Gramaticalmente salta a la vista que el apartado 2 del artículo 245 del Código Penal, no menciona expresamente, a diferencia del apartado 1, la violencia o intimidación en las personas. Es más, *a fortiori*, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha venido a separar, con más nitidez si cabe que en la redacción originaria del Código Penal de 1995 los dos apartados del artículo 245; al prever para el primero la pena de prisión, mientras que para el segundo sigue contemplando una pena de multa. A juicio de ROCA AGAPITO, la razón de tal diferencia obedece a que en el primer apartado se contempla la violencia o intimidación como medio comisivo, mientras que en el segundo no⁶²⁹.

La ocupación pacífica, a juicio de MANZANARES SAMANIEGO, no es un tipo privilegiado de la figura básica tradicional (la realizada con violencia o intimidación en las personas), sino una figura “*sui generis*”; donde lo más característico, con todo, es que no es preciso, el ejercicio de violencia o intimidación contra las personas, bastando con que se actúe no ya contra la voluntad del propietario sino, incluso, sin contar con la autorización de quien debiera darla⁶³⁰.

de las acciones judiciales de naturaleza civil... para poner fin a este tipo de situaciones de hecho. La opción legislativa no permite, en todo caso, duda alguna, ya que en el Código Penal de 1995 no sólo se ha criminalizado ese acto de ocupación pacífica del inmueble vacío, sino que, además, en el mismo precepto, se ha construido... una modalidad alternativa de esta misma infracción, consistente en mantenerse el sujeto activo en el "inmueble, vivienda o edificio ajenos"... contra la voluntad de su titular". MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 344-345. “No compartimos la postura de BAUCELLS I LLADÓS que..., al exigir la concurrencia de violencia o intimidación en todos los casos, tanto para la figura del primer y segundo apartado del art. 245 del Código Penal, excluye de la aplicación del delito contenido en el art. 245.2 a las ocupaciones pacíficas de aquellos inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, así como el mantenimiento en los mismos también pacífico, actuaciones que en igual medida entendemos que lesionan el interés jurídico tutelado en este precepto”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 24.

⁶²⁹ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 200. “El art. 245.2... es un tipo común”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*... *Op. cit.*, Pág., 1317.

⁶³⁰ Vid., MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 222; MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-

PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963. “El artículo 245 del CP recoge dos tipos de usurpación de bienes inmuebles: Uno, con violencia o intimidación y otro sin ella. Sin embargo, este último tipo no se puede considerar como básico, pues presenta varias diferencias respecto al primero”. LANDECHO VELASCO, C.Mª., Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial...* *Op. cit.*, Pág., 200. “El nuevo tipo penal de ocupación pacífica pudiera parecer *prima facie* un simple complemento de la vieja y consolidada figura que exige la violencia o intimidación en las personas, pero el engarce ente los números 2 y 1 del art. 245 del Código Penal de 1995 es más complejo. Ambos delitos lo son de usurpación, y hasta cierto punto la exégesis del número 2 no puede hacerse a espaldas del número 1. Sucede, además que las diferencias no se contraen a la concurrencia o no de aquellas circunstancias, antes al contrario, también los elementos del nuevo tipo cobran tonalidades propias. El bien jurídico protegido, el objeto material e incluso los elementos subjetivos son ejemplos de lo dicho... Ambos delitos, (el tradicional y el nuevo) no se encuentran en una simple relación de más a menos (según revela asimismo, por ejemplo, la diversidad de objetos materiales). La ocupación pacífica no es un tipo privilegiado frente a la figura básica tradicional, sino una *figura sui generis*”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 908-909. “Compartimos el parecer de MANZANARES SAMANIEGO, en el sentido de estimar que el delito sancionado en el art. 245.2 del Código penal no constituye un tipo privilegiado frente al previsto en el apartado primero, sino que se trata propiamente de una forma *sui generis* en atención al objeto material”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Pág., 23. “A veces alrededor de un *tipo básico* (el más simple en características) se construyen *tipos agravados* y *tipos atenuados* (privilegiados), ofreciéndose el conjunto como una verdadera *familia de tipos*... El problema de mayor trascendencia que estas relaciones suscitan es el de determinar si la ley configura el tipo a gravado o privilegiado como una forma de aparición *dependiente* del delito básico o, por el contrario, como un *delito autónomo* (también llamado, con menos fortuna, delito independiente o *delito sui generis*)... En principio hay que tener en cuenta que el delito autónomo aparece como “una estructura jurídica unitaria con una nueva jerarquía valorativa”, contenido y ámbito de aplicación propios, mientras el delito dependiente no hace más que añadir características agravantes o atenuantes de la pena a la acción básica, no modificada en su esencia”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 285. “La categoría de los delitos “*sui generis*”. Se trata de delitos que materialmente no son más que agravaciones o atenuaciones de un tipo básico, ya que comparten todos los elementos estructurales de éste, pero a los que, por alguna razón, se les atribuye un alto grado de independencia. El asesinato, por ejemplo, era considerado por una parte importante de la doctrina y la jurisprudencia como un delito *sui generis*, y no como un homicidio agravado. Es difícil determinar qué razones puede haber para dar entrada a una categoría que, contra toda lógica, prescinde de la proximidad material entre tipos para afirmar una pretendida diferencia que nunca llega a justificarse... Se trata de un categoría en retroceso”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág. 132. “Delitos *sui generis*: es un delito propio, autónomo o independiente, aunque presente cierta relación de analogía o similitud con otro tipo delictivo”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* *Op. cit.*, Pág., 116. GARCÍA PÉREZ sí califica a este delito de privilegiado, pero no en relación a la usurpación propia, sino “respecto del delito de allanamiento de morada del art. 202, del que se diferencia en que los inmuebles ocupados no constituyen “morada” del titular”. GARCÍA PÉREZ, J.J.: << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1800. Establece la Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 30-10-2013, nº 550/2013, rec. 143/2012, Pte: Flores Domínguez, Jesús (EDJ 2013/298747): “Un delito de usurpación previsto y penado en el artículo 245.2 del C.P. Suponemos que la invocación hecha al número 1 del artículo 245 por la acusación particular se basa en la opinión de algunos sectores doctrinales que estiman que en el 245.1 debe incluirse también la violencia o intimidación llevada a cabo para seguir actuando como dueño titular, es decir, para mantenerse en el inmueble que se ocupó. Sin embargo esa opinión se enmarca en el estudio exclusivo del artículo 245.1. La ocupación pacífica tipificada en el artículo 245.2 del C.P. no constituye un tipo privilegiado respecto a la figura básica tradicional contemplada en el número 1, sino una figura “*sui generis*”, como lo demuestra el que la conducta descrita en el artículo 245.1 se castiga teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado y la descrita en el artículo 245.2 no atiende a esos parámetros, lo que ha llevado a afirmar a ciertos sectores doctrinales que en el primer caso es necesaria la concurrencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto en tanto que no es preciso en el segundo”.

La Jurisprudencia *menor* lo delimita como una figura *distinta y complementaria* a la usurpación propia; y lo describe como *tipo distinto* en la medida en que no exige violencia o intimidación, y precisa de un objeto material diferente⁶³¹.

Mientras el artículo 245.1 del Código Penal castiga la ocupación *con violencia o intimidación en las personas* de bienes inmuebles o la usurpación de derechos reales inmobiliarios, el artículo 245.2 del Código Penal habla simplemente de ocupar *sin autorización debida* o, mantenerse *contra la voluntad del titular*. El artículo 245.2 del Código Penal tipifica, pues, la ocupación pacífica, no violenta, o impropia; frente a la ocupación violenta o propia, tipificada en el apartado 1 del artículo 245 del mismo cuerpo legal⁶³².

⁶³¹ En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 12-2-1999, nº 103/1999, rec. 29/1999, Pte: Maza Martín, José Manuel (EDJ 1999/7078): “La tipificación de la figura descrita en el núm. 2 del art. 245 del vigente Código Penal no admite duda por su claridad. Señalamos que estamos no ante un párrafo más del precepto, sino frente a un apartado expresamente numerado, con evidente intención de describir *tipo distinto* del recogido en el apartado 1 precedente. Tipos que se diferencian, entre sí, por la acción (violenta o intimidativa o no), pero en todo caso, contra la voluntad de su titular, tanto como por el objeto, más amplio en el primer caso, al hacer alusión no sólo al inmueble mismo sino también a cualquier derecho real sobre él. Mientras que la necesidad y justificación de la incorporación de la conducta referida se revela oportuna, como mecanismo para la protección del derecho de propiedad, constitucionalmente consagrado, si advertimos su diferencia con el delito de allanamiento de morada, previsto en el art. 202 del Código Penal, como infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio que, por cierto, también recoge dos supuestos, según que concurra empleo de violencia o intimidación o no, en claro paralelismo con el ejemplo que nos ocupa”. En términos similares la Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, Mª Paz (EDJ 2003/191683), dice: “Este artículo 245 del Código Penal contiene dos párrafos. El apartado primero requiere la ocupación de un inmueble o la usurpación, (uso, ejercicio) de derecho real inmobiliario con violencia o intimidación. El apartado segundo viene a configurarse como una *figura complementaria pero distinta*, en la medida en que no exige violencia o intimidación, se refiere a vivienda, inmueble o edificio ajeno que no constituya morada, lo que lo diferencia del allanamiento de morada”. Con idénticas o similares palabras, *Vid.*, Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 7-2-2006, nº 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio (EDJ 2006/467276); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 6-11-2007, nº 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la (EDJ 2007/294401); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-1-2009, nº 49/2009, rec. 13/2009, Pte: Tomás Benítez, Mariano (EDJ 2009/37461); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 24-11-2011, nº 366/2011, rec. 116/2011, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2011/338234); Audiencia Provincial de Asturias, sec. 2ª, S 14-6-2013, nº 257/2013, rec. 42/2013, Pte: García-Braga Pumarada, Julio (EDJ 2013/133449); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2013/159701); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 31-3-2014, nº 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2014/103115).

⁶³² “Entre los dos apartados del art. 245 CP existe una diferencia trascendental, relativa a los medios comisivos. Mientras que el apartado 1 es un delito de medios determinados, el apartado 2 es un delito resultativo. La modalidad del apartado 1 es violenta o intimidatoria, mientras que la del apartado 2 es pacífica, lo que hace que a una no le sea aplicable la excusa absolutoria del art. 268 CP y a la otra sí”.

Al margen de BAUCELLS I LLADOS, para quien no existe la ocupación impropia, pues todos los supuestos serían violentos; MANZANARES SAMANIEGO admite un supuesto subsumible en el apartado segundo del artículo 245 del Código Penal, y es cuando se realiza la acción con violencia o intimidación y con ánimo de lucro siendo el objeto material una vivienda que no sea inmueble ni morada al realizarse la acción⁶³³.

Discrepamos del parecer de ambos autores, tanto del primero, pues, es sentir general (por no decir unánime), y que compartimos con la Doctrina y Jurisprudencia *menor*, que el Código Penal tipifica la ocupación impropia o pacífica en el apartado segundo del artículo 245 del Código Penal; como del segundo autor, pues, al analizar el tipo objetivo ya expusimos como requisito indispensable del objeto material el carácter inmueble del mismo (Dos elementos positivos: el carácter de inmueble y la ajenidad; y otro negativo: que no constituya morada).

ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 207. “Por lo que respecta a la forma de comisión del tipo penal que estamos analizando [art. 245.1 CP], vemos que requiere la existencia de violencia o intimidación en las personas a diferencia del recogido en el apartado segundo, lo que además implica que en un caso sea aplicable la excusa absolutoria del art. 268 CP mientras en el otro no”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los “okupas” >> en *Revista Sepin...* *Op. cit.*, Pág., 3. El artículo 268 del Código Penal integra el Capítulo X.- “Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”, del Título XIII, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, del Libro II “Delitos y sus penas”, del Código Penal. Dispone así: Artículo 268.- “1.- Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. 2.- Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”.

⁶³³ “De otra parte, si se rechaza, como se hará más adelante, la exigencia de ánimo de lucro en el nuevo tipo de ocupación pacífica, pero se requiere en la violenta o intimidatoria del apartado 1, puede ocurrir que determinadas conductas se tipifiquen en el apartado 2 pese a concurrir dicho ánimo y la violencia o intimidación (así en la ocupación de viviendas que no sean inmuebles ni moradas al realizarse la acción). Esta ocupación “pacífica” no excluye en su descripción legal dichas circunstancias. Con otras palabras, ambos delitos (el tradicional y el nuevo) no se encuentran en una simple relación de más a menos (según revela asimismo, por ejemplo, la diversidad de objetos materiales). La ocupación pacífica no es un tipo privilegiado frente a la figura básica tradicional, sino una figura “*sui generis*”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Pág., 477; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 221-222; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 908. *Vid.*, BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Págs., 23-24. En estas páginas BRAGE CENDÁN reproduce lo expuesto por MANZANARES SAMANIEGO.

3.1.3.- *VIS IN REBUS*A) *Ni vis absoluta ni vis compulsiva*

La violencia (*vis absoluta*) supone una acción o ímpetu de fuerza, que se realiza sobre otra persona para vencer la resistencia opuesta por la víctima, a la que se priva de su capacidad de actuar o de tomar decisiones, acción de empleo de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima; y la intimidación (*vis compulsiva*), que afecta a la motivación de una persona, consiste en el anuncio o conminación de un mal inminente, grave, concreto o posible, que despierta o inspira en el receptor un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño real o imaginario⁶³⁴.

⁶³⁴ “Es un tópico jurisprudencial sobradamente conocido que, a los efectos del robo, constituye violencia la acción de ímpetu o fuerza que se realiza sobre una persona para vencer su resistencia natural a la desposesión de algo que le pertenezca; mientras que intimidación es el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave y posible, susceptible de inspirar temor en el interlocutor”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 14-12-2001, nº 2366/2001, rec. 334/2000, Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto (EDJ 2001/53601). “Hemos definido la violencia como la fuerza física utilizada para vencer la resistencia de la víctima, que aparece exteriorizada de forma inequívoca, y la intimidación, como el temor de un mal grave e inmediato... el medio comisivo del robo es de apreciar en todo caso en el que se emplee fuerza física sobre otro o cuando se amenaza en forma inminente con su empleo, pues tal amenaza tiene ya el efecto coactivo corporal que excluye el ejercicio del derecho a la libertad del coaccionado y da lugar a la intimidación. Véase también la STS 1438/2005, de 23 de noviembre. Lo que diferencia al hurto del robo es la existencia en este último de una situación de violencia o intimidación que produce en la víctima la desaparición de cualquier capacidad de reacción para defender la posesión de sus objetos personales de naturaleza mueble”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 10-10-2006, nº 956/2006, rec. 2071/2005, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2006/278391). “Esta violencia o intimidación definitiva de esta especial modalidad del robo [robo con violencia o intimidación frente al robo con fuerza], se configura desde el momento en que el sujeto pasivo se ve atacado en su integridad física o simplemente se siente atenazado y atemorizado por la actitud violenta del sujeto activo, que puede ser o no acompañada del uso de armas o instrumentos peligrosos. Como dice el Auto de TS de 15.3.2000, la intimidación no exige ni necesita una actuación física sobre el cuerpo de la víctima siendo suficiente con la producción del impacto anímico que sirve para compeler su libertad al hacerle surgir temor sobre su seguridad. Son muchas y muy variadas las formas de conseguir un efecto intimidante sin que para ello sea necesario que el agresor se valga de instrumentos que puedan suponer un peligro añadido para la integridad física de la víctima o simplemente acentúen el efecto psicológico de indefensión y desamparo. La violencia supone el empleo de acometimiento o fuerza física sobre la persona mediante el cual se vence o evita su física oposición o resistencia al apoderamiento perseguido. En la intimidación se amenaza con un mal inmediato que atemoriza a la víctima, quien para evitarlo entrega la cosa. En cualquier caso la relevancia vendrá determinada por su suficiencia o idoneidad instrumental como medio comisivo del apoderamiento. Pero la intimidación puede causarse tanto por amenazas verbales como por un comportamiento violento suficientemente expresivo de la agresividad del sujeto y capaz de infundir temor en la víctima a una agresión mayor (STS 30.1.1999)”. CAMARENA GRAU, S.: << Delito de robo con violencia o intimidación >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 72. Cuarto trimestre, 2003. Pág., 256. Mayoritariamente se considera que la violencia absoluta anula completamente el poder de autodeterminación de quien la sufre, y la violencia compulsiva o relativa sólo parcialmente. Asimismo existe, mayoritariamente, una equiparación entre violencia absoluta y física, y violencia compulsiva o relativa con la violencia moral o intimidación. Pese a ello, HUERTA TOCILDO sostiene que “hay casos de violencia física que no obligan al que la sufre a comportarse, en forma irresistible, como de él requiere el sujeto activo; y, por el contrario, hay supuestos de intimidación que anulan completamente la voluntad de aquél”. Por ello, continúa afirmando la referida

Al exigir el artículo 245.1 del Código Penal *violencia o intimidación en las personas*, los comportamientos que únicamente impliquen fuerza en las cosas, estarían excluidos de la modalidad delictiva de ocupación violenta, debiendo reconducirse a la ocupación pacífica. La fuerza sobre las cosas, que puede concurrir o no, se considera connatural a la realización de este tipo de acciones y, en consecuencia, no son merecedoras de punición especial, hallándose, pues, absorbidas dentro del comportamiento nuclear del tipo⁶³⁵.

autora: “no cabe, pues, identificar la *vis* absoluta con la física, como no cabe excluir del contenido de la *vis* psíquica “aquellos supuestos de violencia real (o fuerza en las cosas)... en tanto en cuanto su realización tienda a constreñir la voluntad”. De otro lado, en el concepto de violencia, deben considerarse incluidas aquellas hipótesis de, en terminología de Antolisei, violencia impropia que van desde la omisión (ejemplo: no dar alimentos a un individuo que no está en situación de procurárselos por sí mismo) a supuestos en los que se pone al sujeto en un estado en el que le resulta imposible querer o actuar (hipnosis, sugestión, narcotización, etc.)”. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 78-79. “Generalmente nella dottrina e nella giurisprudenza si distingue la *vis phisica* dalla *vis compulsiva*, ravvisandosi la seconda esclusivamente nella minaccia. Mentre la prima annullerebbe completamente il potere di autodeterminazione, la seconda lo lascierebbe in parte sussistere. Questa opinione, malgrado i larghi consensi di cui gode, va rettificata. Vi sono, infatti, forme di violenza nelle quali non si ha annullamento completo della volontà. Si consideri, ad es., il caso del padre che, per spingere una figlia alla prostituzione, la maltratti o il caso della persona che per indurre un individuo ad allontanarsi da un luogo cosparga il terreno di una sostanza nauseabonda, assai fastidiosa ma sopportabile. In queste ipotesi la violenza indebolisce spiritualmente il soggetto, rendendolo arrendevole alla volontà dell’agente, ma non lo obbliga in modo irresistibile al comportamento da costui voluto. D’altra parte, vi sono forme di minaccia che annullano del tutto la volontà. Così, quando il rapinatore con la rivoltella spianata dice all’agredito: o la borsa o la vita, la volontà del paziente è completamente annullata, essendogli tolta ogni ragionevole libertà di scelta. La distinzione, pertanto, non va posta tra la *vis phisica* e la *vis compulsiva*, intendendo la seconda come minaccia, ma tra coartazione (o coercizione) *assoluta* e coartazione *relativa*. È assoluta la coartazione che annulla la volontà e più precisamente il potere di autodeterminazione del soggetto; è relativa quella che, senza annullare il detto potere, lo limita in modo considerevole, lasciando al soggetto un certo margine di scelta”. ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale I*. Dott. A. Giuffrè Editore, 5ª edizione riveduta e aggiornata. Milano, 1966. Págs., 114-115. La inclusión que HUERTA TOCILDO hace de la violencia impropia (construyendo eficazmente la voluntad mediante una omisión, o mediante hipnosis, sugestión o narcotización) en el concepto de violencia o intimidación es una “interpretación extensiva del concepto de violencia o intimidación en las personas [que] traspasa los límites no permitidos por el propio sentido gramatical de las expresiones utilizadas por la Ley, realizada en perjuicio del reo y, por tanto, inaceptable en el ámbito de los delitos patrimoniales”. PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO)... *Op. cit.*, Pág., 203. “La violencia e intimidación [del art. 245.1 CP] ha de recaer en el sujeto pasivo, titular del inmueble o derecho real, si bien es posible que la misma sea empleada sobre un tercero cuando éste sea el medio que permita consumir la usurpación. El empleo de la fuerza habrá de ser anterior o simultánea al despojo, no posterior”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 408.

⁶³⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 446. “El significado semántico de ocupar lleva consigo connotaciones de violencia o fuerza. Entonces ¿por qué seguir añadiendo a dicho verbo los términos “con violencia o intimidación en las personas”? En primer lugar, para continuar subrayando algo que ya se hacía observar por la doctrina y la jurisprudencia: que no se cumplimentaba la acción típica con la simple presencia de la “ocupación” con fuerza en las cosas... Si ello fuera así, no existiría la voluntad de crear una figura penal nueva [el art. 245.2 CP]”. HERRERO

B) Ocupación subrepticia, clandestina, o con fuerza en las cosas

La Jurisprudencia *menor* considera que la usurpación impropia o pacífica engloba tanto los supuestos de ocupación subrepticia o clandestina como los de fuerza en las cosas⁶³⁶.

HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* Op. cit., Págs., 151-152. “Si se ha ejercido fuerza en las cosas para entrar en el inmueble sigue siendo de aplicación este precepto [art. 245.2 CP]”. ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.)... Op. cit., Pág., 255. “Si se emplea fuerza en las cosas constituiría un supuesto del art. 245.2 CP... [La] ocupación pacífica de bienes inmuebles (art. 245.2 CP). Se diferencia del precepto anterior en que no concurre violencia o intimidación, pero sí puede apreciarse en el caso de que se emplee fuerza en las cosas”. NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (COORD.)... Op. cit., Págs., 380-381. “La acción [del art. 245.1 CP] consiste en ocupar... empleando violencia o intimidación. El uso de cualquier otro medio comisivo, destacadamente la fuerza en las cosas, hace que el hecho sea atípico o bien que constituya el delito de ocupación pacífica del art. 245.2”. CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... Op. cit., Pág., 223. “La acción típica se describe en dos modalidades: por una parte, la mera ocupación sin violencia ni intimidación del inmueble, por lo que puede ir acompañada de fuerza en las cosas”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... Op. cit., Pág., 1679. “Nótese, por otro lado, que la usurpación empleando fuerza en las cosas es atípica o, todo lo más constitutiva del delito tipificado en el art. 245.2”. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado...* Op. cit., Pág., 541. “En el primer ordinal se recogen aquellos actos de ocupación que conllevan la utilización por parte del sujeto activo del tipo de actos de violencia o intimidación, y que tienen una respuesta punitiva más grave. Por su parte, la conducta descrita en el ordinal segundo, carece de aquellos actos de violencia o intimidación referidos a las personas, pero que en nada obstan para que sí puedan integrarse por actos de fuerza en las cosas”. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* Op. cit., Pág., 170.

⁶³⁶ Excluyendo los supuestos de violencia o intimidación en las personas la Jurisprudencia *menor* admite cualquier medio comisivo, clandestino o con fuerza en las cosas. Así la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7^a, S 18-2-2013, n° 135/2013, rec. 472/2012, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del (EDJ 2013/37430) y la Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3^a, S 30-5-2013, n° 144/2013, rec. 203/2013, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2013/107785), dicen: “La acción consiste en la ocupación, que implica la entrada en el inmueble con independencia del modo de acceso, siendo irrelevante que emplee fuerza en las cosas”. La Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1^a, S 15-7-2013, n° 341/2013, rec. 116/2013, Pte: Muñoz Quintana, M^a Teresa (EDJ 2013/151470): “Sin que se exija el empleo de fuerza en las cosas”. Y la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6^a, S 20-9-2013, n° 858/2013, rec. 89/2013, Pte: Ramírez Ortiz, José Luis (EDJ 2013/222709): “Siendo irrelevante que se emplee fuerza en las cosas”. También la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 6^a, S 14-4-2014, n° 116/2014, rec. 1049/2013, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J. (EDJ 2014/116330): “No requiere la existencia de fuerza en las cosas”. Dice la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23^a, S 18-11-2008, n° 1066/2008, rec. 209/2008, Pte: Barabino Ballesteros, Nuria Alejandra (EDJ 2008/355612): “Resta por añadir en cuanto al empleo o no de fuerza para acceder al inmueble que la descripción contenida en este segundo apartado no exige el empleo de fuerza en las cosas, siendo pues irrelevante que se forzara o no la cerradura para acceder al inmueble. Y tal discusión se ha de plantear a los efectos meramente dialécticos, ya que cualquiera de ambas hipótesis (el forzamiento o no de la puerta de acceso al inmueble ocupado por los acusados) resulta irrelevante a los efectos penales, pudiendo tenerlo solo a efectos civiles, en torno al resarcimiento del daño por la fractura,

La única forma de fuerza en las cosas que pudiera incluirse en el apartado 1 es aquella que esté dirigida a intimidar al sujeto pasivo (por lo que realmente sería un supuesto de intimidación y no de fuerza en las cosas), como *v. gr.*, el forzado que dobla delante del sujeto pasivo una barra de hierro para insinuarle lo que puede suceder si no accede a sus pretensiones⁶³⁷.

lo que tampoco se da en este caso al renunciar a ello el perjudicado”. Otro ejemplo lo encontramos en la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 27-9-2000, nº 332/2000, rec. 31/2000, Pte: Fresneda García, Mª del Carmen (EDJ 2000/41022), al decir: “No son necesarios por tanto violencia, intimidación, amenazas o fuerza para que se dé tal ilícito. Y si bien fue absuelta la acusada de la falta de daños, ello fue debido a que la misma fue subsumida en el delito de usurpación... En el presente caso ha quedado acreditado que la cerradura de la puerta de acceso a la vivienda propiedad de... fue forzada”. La Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 7-9-2004, nº 96/2004, rec. 234/2004, Pte: Bustillo Juncal, Abel Manuel (EDJ 2004/116733): “La sentencia dictada condena a Jaime como autor de un delito de usurpación cometido con fuerza en las cosas, en grado de tentativa, reconociendo que para la comisión de dicho delito se utilizó fuerza en la cerradura de la puerta para acceder al interior previa rotura de la puerta de entrada”. Sostiene la Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2009/414265): “La descripción contenida en este segundo apartado es clara y no exige el empleo de fuerza en las cosas, siendo irrelevante que se forzara o no la puerta o la cerradura para acceder al inmueble”. Con las mismas palabras: Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/197095); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 8-10-2010, nº 562/2010, rec. 236/2010, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2010/377180); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 15-12-2010, nº 1086/2010, rec. 730/2010, Pte: Arévalo Lassa, José Ignacio (EDJ 2010/356780); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 20-11-2013, nº 626/2013, rec. 55/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2013/298944); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 28-5-2014, nº 321/2014, rec. 316/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2014/181488); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 211/2014, rec. 214/2014, Pte: García Valdecasas y García Valdecasas, Luis (EDJ 2014/175158); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348). En la misma línea argumental *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2003/133177); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-10-2009, nº 649/2009, rec. 316/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/304441); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2012/86783); La Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael (EDJ 2000/65587); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 28-2-2011, nº 90/2011, rec. 44/2011, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2011/44479).

⁶³⁷ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 208. “Si se emplea fuerza en las cosas, la conducta no será típica a los efectos de este precepto [art. 245.1]. Tampoco si se emplea violencia sobre animales, aunque cabría entender que si ésta es ejercida para intimidar a una persona (por ejemplo, a su propietario), no habría impedimento alguno en considerar el acto usurpatorio típico a estos efectos”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 344-345. “Si la fuerza en las cosas es de tal índole que produce un efecto de violentación de la libertad de obrar o de intimidación, estaremos en presencia de la “violencia o intimidación en las

Afirma GONZÁLEZ RUS que “si se utiliza fuerza en las cosas el hecho integrará el artículo 245.2”. Ejemplifica éste autor, como supuestos en que se emplea *vis in rebus*: “forzar la cerradura de la puerta”⁶³⁸. Según MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA cabe el acceso por escalamiento o rotura de puertas, paredes, o ventanas, sin que ello configure ni usurpación violenta (al no existir violencia ni intimidación en las personas), ni robo (ya que el objeto material es una cosa inmueble)⁶³⁹.

personas" del art. 517 [hoy 245.1 CP]". HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 102.

⁶³⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 475-476. “La conducta ha de realizarse sin violencia o intimidación, pues si así fuera resultaría aplicable el apartado 1. No destipifica el hecho, sin embargo, la presencia de fuerza en las cosas”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 502. “La ocupación implica la entrada en el inmueble con independencia del modo de acceso, siendo irrelevante que emplee fuerza en las cosas”. LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles...* Pág., 4. “La usurpación empleando fuerza en las cosas (rompiendo la cerca o alambrada que rodea la finca, violentando la cerradura, etc.) constituye el tipo del art. 245.2”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 396. “En la “ocupación” por estos colectivos, el dueño no sólo no autoriza a la entrada en la finca por parte del ocupante, sino que además ésta se produce en ocasiones mediando fuerza en las cosas”. MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “okupas” >>... *Op. cit.*, Pág., 10.

⁶³⁹ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679. “El hecho de proceder al cambio de la cerradura tendría la caracterización de un acto de fuerza en las cosas, lo cual permitiría su encaje en el número 2 [del art. 245 CP]”. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* *Op. cit.*, Pág., 171. “Si se ha ejercido fuerza en las cosas para entrar en el inmueble sigue siendo de aplicación este precepto [art. 245.2 CP]”. ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 320. “La conducta del sujeto activo admite dos modalidades: la mera ocupación del inmueble de forma subrepticia o clandestina, sin violencia ni intimidación, por lo que admite que pueda darse fuerza en las cosas; y, mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular”. DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepínNET revista. Práctica penal...* *Op. cit.*, Pág., 28. “Agrega el art. 245 CP, un apartado 2 para crear como tipo penal con dos modalidades de conductas (acción típica): 1.- La ocupación “sin autorización debida, de inmuebles que no constituyan morada”, y 2.- “Mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular”, lo que dibuja un tipo penal complementario del apartado 1º, pero en todo caso distinto, pues no hay violencia o intimidación en las personas, aunque normalmente la habrá sobre las cosas, puertas o ventanas, etc.”. IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*, Pág., 7. “En la “ocupación” por estos colectivos, el dueño no sólo no autoriza la entrada en la finca por parte del ocupante, sino que además ésta se produce en ocasiones mediando fuerza en las cosas. Es por ello que entiende el autor de este artículo que la primera respuesta, y la más apropiada como primera réplica y actuación es la denuncia policial... Debe denunciar la rotura de la cerradura o puerta de entrada, la usurpación de la posesión del bien inmueble, los daños que pueda observar, la privación de la entrada al inmueble por parte del propio propietario, etc.”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Los colectivos “okupas” y la respuesta del Derecho Penal >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*,

Concluye ROCA AGAPITO, que no se puede incluir en el delito del artículo 245.1 del Código Penal a la fuerza en las cosas, “porque expresamente se dice que la violencia tiene que ser *en las personas*”⁶⁴⁰.

Sobre la admisibilidad del empleo de fuerza en las cosas como medio comisivo de la ocupación pacífica, dice GONZÁLEZ CERRÓN: “La figura delictiva que encierra el artículo 245.2 ha sido llamada, con inexactitud, ocupación pacífica, cuando lo cierto es que el tipo penal pudiera estar integrado por supuestos de ocupación mediando fuerza en las cosas”⁶⁴¹. Fuerza que habrá de ser, como indica SERRANO PIEDECASAS, “anterior o simultánea al despojo, no posterior”⁶⁴². Si bien, nada obsta y seguirá siendo igualmente típica la conducta, si la ocupación tiene lugar de forma subrepticia o clandestina.

C) Coherencia interna del Ordenamiento Jurídico

Consideramos que la tipificación de la usurpación pacífica, impropia, o sin violencia, del artículo 245.2 del Código Penal de 1995 ha venido a proporcionar coherencia interna al Ordenamiento Jurídico y cumplimiento al principio de proporcionalidad de las penas, de manera que las conductas más graves tengan una

Pág., 2. “En cuanto a la fuerza en las cosas, al estar excluida expresamente del tipo penal debe quedar reconducido al apartado 2 del artículo comentado [art. 245 CP]”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los “okupas” >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Pág., 4.

⁶⁴⁰ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 208. “Creemos que debe considerarse también típica la realización de las modalidades de conducta previstas en el art. 245.2 del Código penal a través del empleo de fuerza en las cosas, puesto que, aunque el apartado primero de este mismo artículo exige que la violencia o intimidación se proyecte sobre las personas, el párrafo segundo no hace mención al empleo de ningún medio comisivo, por lo que nos encontramos ante un delito de medios legalmente indeterminados”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 24.

⁶⁴¹ GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 392.

⁶⁴² SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 408.

respuesta penal mayor que las menos graves (lo cual no sucedía con el Texto Refundido de 1973 en los supuestos de usurpación en que se ejercía violencia o intimidación en las personas, frente a los supuestos en que se empleaba fuerza en las cosas). Ésta ha sido la opción del legislador frente a la propuesta de *lege ferenda* de HUERTA TOCILDO de elevar las penas por el delito de usurpación propia o violenta del antiguo artículo 517 del Texto Refundido de 1973⁶⁴³.

La consideración mantenida por el Tribunal Supremo según la cual la fuerza en las cosas da lugar a un delito de coacciones, así como la ausencia de tipificación de la usurpación pacífica, producía, con el Texto Refundido de 1973, el absurdo jurídico de que fuera privilegiante el empleo de violencia o intimidación en las personas frente a la fuerza en las cosas. Así, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en el caso de que el sujeto activo de una actuación usurpatoria no emplease violencia o intimidación en las personas sino fuerza en las cosas, la calificación jurídica no podía hacerse por el delito de usurpación del artículo 517, sino por el de coacciones del artículo 496. La mayor penalidad de las coacciones (arresto mayor y multa) frente a la usurpación (multa del 50 al 100 por cien de la utilidad reportada) conllevaba que el empleo de violencia o intimidación en las personas fuera privilegiante frente a la fuerza en las cosas con la consiguiente falta de coherencia interna del Ordenamiento Jurídico y de proporcionalidad de las penas⁶⁴⁴.

⁶⁴³ Vid., HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* Op. cit., Págs., 98-104.

⁶⁴⁴ Vid., HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* Op. cit., Págs., 98-104; LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda >> en *Cuadernos de Política Criminal...* Op. cit., Págs., 305-307; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Pág., 138-144. “El delito de coacciones viene regulado en el artículo 496 del CP que castiga al que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto. El objeto de protección penal es siempre la libertad personal, y como tal, se incluyen los supuestos en los que se impide a alguien hacer algo con violencia o en los que se le compele a realizar algo que no quiere; en el caso concreto de usurpación no violenta, hay un atentado contra la libertad personal, pues se impide al propietario de un inmueble o edificio su utilización y disposición como tal propietario y además se le compele a efectuar algo que él no quiere, como es el constreñirle a omitir su propio derecho, es decir a no poder ejercitar su propio derecho de propiedad. El artículo 496 exige la utilización de la violencia... Por violencia, el Tribunal Supremo entiende no sólo la cometida por medio de la fuerza física, sino también la cometida a través de presión moral de intimidación o empleando una resistencia pasiva de modo directo o indirecto e incluso sobre terceras personas. Entiende además que este delito se refiere no sólo a los actos de fuerza ejercidos sobre las personas, sino también a los actos de fuerza en las cosas (La STS de 21 de mayo de 1965; STS de 13 de febrero de 1980 califica como coacciones el supuesto de ocupación de una vivienda deshabitada, mediante fractura de cerradura; STS de 2 de marzo de 1989, 18 de octubre de 1990, 26 de febrero de 1992 y 26 de abril de 1994)”. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... Op. cit., Págs., 907-908. “Gran parte de los casos en que el Tribunal Supremo ha condenado por coacciones al arrendador por desalojar al arrendatario

3.1.4.- VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN SOBREVENDIDA. ¿ARTÍCULO 245.1 Ó 245.2 DEL CÓDIGO PENAL?

Dos son las posturas doctrinales sobre la calificación jurídico penal de los comportamientos usurpatorios en los que se emplea violencia o intimidación para *mantenerse, permanecer, o continuar* en la ocupación, cuando ésta inicialmente ha sido pacífica.

A) Artículo 245.1 del Código Penal

Sostiene ROCA AGAPITO que aunque la *violencia o intimidación* puede interpretarse como en el robo, existe una gran diferencia entre ambos delitos, pues, mientras que en el robo la violencia o intimidación han de dirigirse a la perfección del acto de apoderamiento, en la usurpación no necesariamente tiene que ser así. Para este autor, en el artículo 245.1 del Código Penal se pueden subsumir no sólo los supuestos

sacando sus muebles de la casa (SS. 11 diciembre 1940, 13 octubre 1942, 22 mayo 1967), poniendo un candado en la puerta (S. 2 diciembre 1959), cambiando cerraduras (S. 10 mayo 1967, 22 abril 1964), tirando la puerta de acceso a la vivienda (S. 30 noviembre 1956), cortando la luz o el agua (Ss. 28 marzo 1969, 10 febrero 1970), etc., pueden entenderse como de usurpación de un derecho real o, en ciertos casos, de ocupación violenta del inmueble... Sin embargo, la amplísima interpretación que la Jurisprudencia hace del término violencia en el artículo 496 conduce a que supuestos que deberían ser impunes por faltar alguno de los elementos típicos del artículo 517 sean castigados por delito de coacciones. Así, por ejemplo, cuando la ocupación de inmuebles o usurpación de derechos reales se realiza sin violencia o intimidación en las personas, sino empleando fuerza en las cosas (S. 4 octubre 1982; vid., también 27 abril 1982)". PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO)... *Op. cit.*, Págs., 200-201. Dispone la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 9-10-2000, nº 1351/2000, rec. 202/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2000/52657): "La ocupación no violenta (contra las personas) de inmuebles abandonados tenía difícil encaje en el anterior Código Penal, lo que motivó la tipificación expresa de tales conductas en el actual texto legal, donde en su artículo 245.2 sanciona a los que ocuparen sin autorización debida un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuvieron en ellos contra la voluntad de su titular. Bajo la vigencia del Código de 1973 (momento en el que ocurrieron los hechos aquí enjuiciados) sólo cabía incluir hechos similares en el delito (o falta) de coacciones (artículos 496 y 585), pero siempre que concurrieran, como elementos esenciales de esta infracción penal, la violencia (ejercida sobre las personas o las cosas) y el dolo, entendido como voluntad e intención de restringir la libertad ajena". Sobre la necesidad de esta figura delictiva se pronuncian CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO al decir: "La regulación que hace el Código de 1995 coincide en lo esencial con la del Código anterior de 1973, con la salvedad de haberse introducido el nuevo delito de ocupación no violenta de inmuebles e general y de viviendas o edificios en particular, con lo que se viene a colmar una laguna que antes se vino salvando a base de soluciones técnicamente defectuosas a través del delito de coacciones genéricas". CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 222.

de violencia o intimidación ejercida para ocupar *inicialmente* el inmueble (o asumir la titularidad del derecho real de que se trate), sino también la llevada a cabo *posteriormente*, para mantenerse en la ocupación (o para seguir actuando como dueño o titular del derecho real). En el hurto o en el robo con fuerza en las cosas, por el contrario, la violencia empleada con posterioridad a la consumación no convierte a aquéllos en un robo violento, sino que se acude a las normas concursales (concurso real de delitos entre el delito consumado de hurto o robo con fuerza en las cosas y, por otro, el correspondiente a los actos de violencia ejercida). Por tanto, la violencia o intimidación realizadas con el fin de *permanecer, mantenerse, o continuar*, en la situación de okupa, (v. gr., oponiéndose violentamente al desalojo) determinan también la aplicación del artículo 245.1, no un concurso de delitos entre el artículo 245.2 y los actos de violencia (ello sin perjuicio de la aplicación de la propia cláusula concursal prevista en el artículo 245.1 del Código Penal)⁶⁴⁵.

MAZA MARTÍN afirma que si en cualquier momento de la ocupación se produjeran actos de violencia o intimidación personal, lógicamente el delito pasaría a calificarse de acuerdo con el apartado 1 del artículo 245 del Código Penal, sancionado con pena más grave (prisión de uno a dos años) y, por supuesto, sin perjuicio del castigo independiente que tales actos violentos, o los daños que simultáneamente se produzcan, pudieran merecer⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 207. “En cuanto a la cláusula concursal contenida en el art. 245.1 CP, hay que insistir en que se refiere sólo a las “violencias ejercidas”, de tal modo que la intimidación empleada quedaría absorbida por el delito de usurpación, no dando a un concurso de delitos. En cambio, la violencia con cualquier resultado lesivo, por leve que fuese, sí que daría lugar a un concurso de infracciones penales entre la usurpación y el delito o falta de homicidio o lesiones correspondiente”. ROCA AGAPITO, L.: *Ibidem*. Pág., 207. “La violencia o la intimidación no tienen necesariamente que ser ejercidas contra el titular patrimonial (sujeto pasivo del delito), pudiendo recaer también sobre otras personas (por ejemplo, la Policía durante el desalojo). Por tanto, sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción pueden ser distintos... Lo decisivo es que la violencia o intimidación ejercida sea anterior o simultánea a la ocupación, no posterior, por cuanto constituye medio necesario para conseguir aquél. De este modo aquellas violencias realizadas con posterioridad al desalojo, no tendrán relevancia a efectos de este delito, sino que habrá que reconducirlas, si se dan los restantes requisitos típicos, a delitos de manifestación ilegal, desórdenes públicos, atentados a la autoridad, etc.” ROCA AGAPITO, L.: *Ibidem*. Pág., 208.

⁶⁴⁶ MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963. “Con relativa frecuencia los daños pueden concurrir con otras acciones delictivas de naturaleza patrimonial, incluso no patrimoniales. No obstante, el valor residual del delito de daños, en más de una ocasión, ha impedido la apreciación de hipótesis concursales y en otras las ha limitado”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Pág., 373.

También siguen esta postura, según la cual la violencia sobrevenida daría lugar al apartado 1 del artículo 245 del Código Penal QUINTERO OLIVARES, VIVES ANTÓN, GONZÁLEZ CUSSAC, SUÁREZ GONZÁLEZ, CALDERÓN CEREZO, CHOCLÁN MONTALVO, GARCÍA PÉREZ, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, y BAUCELLS I LLADÓS⁶⁴⁷.

Continúa afirmando el referido autor, con cita de STS de 26 de noviembre de 1981, Orts Berenguer, Herrero Herrero, Serrano Butragueño, Antón Oneca, Hernández Guijarro, Beneytez Merino y Serrano Butragueño, que: “En todo caso, la nueva regulación del delito de daños en el Código Penal de 1995 (art. 263), hace sin duda, quede limitado este delito, por "quedar absorbidos o embebidos por otra figura delictiva a la que son consustanciales o inherentes, como en los descritos en el artículo 238, en tanto en otras, nada impide, que constituyan medio para cometer otro u otros delitos, sancionándose como concurso ideal conforme al artículo 77, conservando cada delito su individualidad hasta el punto de que, si el *delito fin* no llegara a perpetrarse, no por eso el *delito medio* debe quedar impune"... El principio de consunción (art. 8, regla 3ª CP) sólo admite la absorción cuando, desde una razonable ponderación jurídica, el delito a consumir quede embebido en otro más amplio y grave... En la mayoría de los casos estaremos en presencia de un concurso ideal o medial: bien sea porque mediante un solo acto se cometen varios delitos; bien porque un delito sea el *medio necesario* para cometer otro... Y salvo que se trate... [de un delito] donde el legislador ya tuvo en cuenta, por el principio de inherencia, la realización de los daños, ello impedirá la apreciación de la hipótesis concursal... Respecto de los desperfectos producidos... [deberán] de computarse tales a efectos de responsabilidad civil derivada de la infracción penal... La Jurisprudencia, partiendo del valor residual del delito de daños, lo excluye en la mayoría de los casos, a propósito de delitos patrimoniales (Vid., SS.TS. de 10 de abril de 1973, y la de 30 de junio de 1978. Excepcionalmente, se ha admitido el concurso con el delito de usurpación en STS de 27 de abril de 1982)". SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Págs., 374-378.

⁶⁴⁷ Parece seguir este criterio QUINTERO OLIVARES al afirmar en relación a la usurpación propia: “No es preciso que la violencia se ejerza sobre el mismo dueño del inmueble, sino sólo que tenga relación con el acto de la ocupación perseguida (violencia previa) o mantenida (violencia durante la ocupación), aunque recaiga sobre otras personas”. QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 73. QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 659. “El contenido de tales conceptos [violencia o intimidación] es el descrito para el robo con violencia e intimidación en las personas. Sin embargo, en el robo la violencia o intimidación típicas han de dirigirse a la perfección del acto de apoderamiento, mientras que en la estructura de la usurpación impone una consecuencia diferente. En efecto, las conductas de ocupación o usurpación no se resuelven... en un acto, sino que requieren un mínimo de permanencia. Por lo tanto, habrán de estimarse típicas, en el sentido del art. 245 [apartado 1], no sólo la violencia o la intimidación ejercidas para "tomar" inicialmente el inmueble o asumir la titularidad del derecho real de que se trate, sino también las llevadas a cabo para seguir actuando como dueño titular: también, en este caso, puede decirse que se ocupa o se usurpa con violencia o intimidación. Por lo tanto, la violencia o la intimidación realizadas con el fin de permanecer en la situación de dueño o titular (v. gr., oponiéndose al desalojo) determinan la aplicación del precepto”. VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1205. “El no empleo de violencia o intimidación convertirá el comportamiento en atípico salvo que por la cualidad del objeto material (inmueble, vivienda o edificio que no constituyan morada) sea subsumible en el número 2. La violencia o intimidación sobrevenida transmutarán el hecho en típico”. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo V.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 704. “No es preciso que la violencia se ejerza sobre el mismo dueño del inmueble, sino sólo que tenga relación con el acto de ocupación perseguida (violencia previa) o mantenida (violencia durante la ocupación),

El lanzamiento de objetos contundentes desde el interior, lo que eufemísticamente los “okupas” denominan “resistencia activa no violenta”, da lugar a la aplicación del artículo 245.1 del Código Penal, pues pueden causar daños personales o lesiones en terceras personas. Sin embargo, en la llamada “resistencia pasiva” (atrincherarse) no se emplearía violencia, por lo que habría que reconducir esta conducta al artículo 245.2 del Código Penal⁶⁴⁸.

aunque recaiga sobre otras personas (Quintero Olivares)”. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado... Op. cit.*, Pág., 541. “La conducta típica [del art. 245.1 CP], alternativa, se describe con los verbos nucleares “ocupar” y “usurpar”...; en todo caso, se materializará aquélla en la toma de posesión material del inmueble con desposesión para el sujeto pasivo o en el despojo del derecho, abarcando el empleo de la violencia o intimidación (elemento característico del tipo) tanto la toma del inmueble o la asunción de la titularidad del derecho real inicial como la actuación subsiguiente en la permanencia en esa situación de dueño o titular y pudiendo venir referido tanto al sujeto pasivo o dueño del inmueble como a terceras personas”. GARCÍA PÉREZ, J.J.: << Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Págs., 1-2. “En la violencia o intimidación no sólo se incluirá la realizada para apoderarse del inmueble, sino también la realizada para mantenerse en el mismo, oponiéndose violentamente al desalojo, por ejemplo”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los “okupas” >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Pág., 3. “La lógica dinámica de la ocupación requiere una cierta permanencia. De ahí que habrá de estimarse típicas no sólo la violencia o intimidación sobre las personas ejercidas en el momento de “ocupar” el inmueble o “usurpar” el derecho real, sino también las llevadas a cabo para seguir actuando como dueño o titular del derecho, es decir, para “mantenerse”. En consecuencia, la violencia o intimidación realizadas con el propósito de mantenerse (por ejemplo oponiéndose violentamente al desalojo) determinará también la aplicación de este precepto. Esta cuestión es muy importante para resolver las resistencias que se oponen a los desalojos. Los ocupantes de un inmueble que se mantuvieron “contra la voluntad del titular” utilizando lo que se denomina técnicas de “resistencia activa violenta” estarían utilizando conductas de usurpación, en la medida en que los medios utilizados (lanzamiento de objetos contundentes, etc.) puedan causar daños a terceras personas. Sin embargo, no podrá considerarse relevante a los efectos de este delito, la llamadas “resistencias pasivas” (obligar a ser sacado por la fuerza) o “resistencias activas no violentas” (colgarse o hacerse fuerte en los tejados)”. BAUCCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 723.

⁶⁴⁸ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 208. Como ejemplo de resistencia pasiva, *Vid.*, Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 17-12-2009, nº 631/2009, rec. 3717/2009, Pte: Holgado Merino, José Manuel (EDJ 2009/372835): “Lo realmente cuestionado es si hubo violencia o intimidación en la ocupación de la vivienda. Ciertamente, la sentencia parece un poco incongruente, porque en sus probados, hace constar que Leticia tuvo que dar un empujón a la puerta porque los ocupantes habían colocado un somier y un mueble tras la misma para impedir la entrada y que para ello Leticia forcejeó con Fabio, si bien pudo entrar en el interior, (de dónde deduce el Ministerio Fiscal la violencia típica); sin embargo, el Juzgador de la Instancia en su Fundamento de Derecho Primero (folio 10), nos dice que no se acredita que usaran violencia o intimidación, ya que la herida de Leticia no se ha aclarado como pudo producirse, pudiendo ser como consecuencia de haber dispuesto un somier y muebles los acusados y empujar la puerta para poder acceder a la vivienda. Pues bien, tal incongruencia, sin duda tiene su origen en la declaración de la propia víctima Leticia, que si bien dice que llegó a forcejear con él, también nos dice que no pelearon. En definitiva, toda la cuestión suscitada en el recurso queda reducida al análisis de si hubo o no violencia o intimidación en las personas, como exige el tipo, de tal modo que si la respuesta es afirmativa se impone la revocación de la sentencia y si es negativa, su confirmación. Para analizar el contenido del concepto violencia o intimidación debemos acudir a la Doctrina del Tribunal Supremo y conforme a ella podemos manifestar que la violencia supone una acción o ímpetu de fuerza, que se realiza

B) Artículo 245.2 del Código Penal

En contra de este criterio, un importante sector doctrinal (GUÉREZ TRICARICO, PÉREZ MANZANO, SERRANO PIEDECASAS, GONZÁLEZ RUS, CORCOY BIDASOLO, MANZANARES SAMANIEGO), considera que para que se aplique el artículo 245.1 del Código Penal, la violencia debe concurrir en el momento de realizarse la conducta típica de la ocupación o usurpación, de suerte que si aquélla concurriera después, deberá aplicarse el tipo del artículo 245.2 del Código Penal. (Consideramos que en concurso con el correspondiente delito a que pudiese dar lugar la violencia)⁶⁴⁹.

sobre otra persona para vencer la resistencia opuesta por la víctima, a la que se priva de su capacidad de actuar o de tomar decisiones, acción de empleo de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima y la intimidación, que afecta a la motivación de una persona, consiste en el anuncio o conminación de un mal inminente, grave, concreto o posible, que despierta o inspira en el receptor un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño real o imaginario. En el presente caso, contrario a lo que mantiene el apelante, consideramos que no se acredita, más allá de toda duda razonable, el elemento típico de la violencia o intimidación que hace, en aplicación del principio "in dubio pro reo" deba rechazarse la calificación de los hechos como usurpación. Por más que analizamos la causa y las manifestaciones de Leticia, no convenimos en que sobre ésta se empleara fuerza o intimidación, típicas. Ciertamente es, que los acusados opusieron resistencia a que ésta penetrara en su domicilio habitual de la c/ DIRECCION000 núm. NUM000 de Sevilla, propiedad de su padre, colocando un somier y un mueble detrás de la puerta del piso que instantes antes habían ocupado; ahora bien, entre los implicados no hubo contacto físico alguno, el forcejeo se produce sin contacto, sin limitación de miembros del cuerpo, porque por medio estaba la puerta que los implicados empujaban en sentido opuesto, en breve periodo de tiempo casi imperceptible, residual. La propia Leticia manifiesta que no hubo pelea, en el sentido de empleo de fuerza directa sobre su persona ni se ha podido acreditar cuál fue la causa ni la forma de producirse la leve lesión en el dedo, por la que no reclama".

⁶⁴⁹ GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 990-991; PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 432-434; SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 408 y 417-418; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 475; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 501. CORCOY BIDASOLO en relación al art. 245.1 CP, y aplicable por tanto al artículo 245.2 CP, *a sensu contrario*, (en tanto que no ha de concurrir la violencia o intimidación en la conducta), dice: "Violencia o intimidación: el mismo alcance que en el robo. Estas conductas tienen que estar en relación de medio-fin para obtener o garantizar la ocupación, y tienen que concurrir al momento de llevar a cabo la conducta típica, no después para mantenerla. No se pueden incluir los casos de acción violenta o intimidatoria posterior a la ocupación". CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.): *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*... *Op. cit.*, Pág., 532. Esta misma postura parece seguir MANZANARES SAMANIEGO, aunque no se refiere expresamente a la violencia sobrevenida, al decir: "La usurpación pacífica se encontraría en concurso delictivo real con los que se cometiesen posteriormente en el espacio protegido", en << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 915. Así también, BRAGE CENDÁN, S.B.: << El

PÉREZ MANZANO argumenta tal postura sobre la base de la interpretación literal y sistemática de ambos apartados del artículo 245 del Código Penal. Así, en relación con la usurpación violenta o propia, dice: “La violencia o intimidación deben concurrir en el momento de la ocupación y no basta con que concurra posteriormente para mantener la misma o para evitar el desalojo. La razón no es sólo que la literalidad del precepto así lo exige, sino que existen argumentos sistemáticos de puesta en conexión con la conducta recogida en el nº 2 del mismo artículo, pues si expresamente éste se refiere a la conducta de mantenerse en el inmueble, si el legislador hubiera querido incluir estos supuestos en el nº 1 lo habría hecho expresamente”. Continúa el referido autor al realizar la exégesis de la ocupación pacífica o impropia: “Parece en principio requisito imprescindible de su aplicación que la ocupación no se realice con violencia o intimidación pues en otro caso se aplicaría la figura anterior. Sin embargo, hay que matizar que también se aplicaría el art. 245.2 en los casos en los que se realiza la ocupación de forma pacífica aunque posteriormente se utilice violencia para mantenerse en ella o evitar el desalojo, supuestos atípicos conforme al nº 1”⁶⁵⁰.

Así sostiene SERRANO PIEDECASAS que “el empleo de la fuerza habrá de ser anterior o simultánea al despojo, no posterior” y “si aquél emplea violencia o intimidación será aplicable el apartado uno del art. 245 del Código penal. Sin embargo, seguiría siendo de aplicación este precepto [art. 245.2] si la ocupación fue pacífica aunque posteriormente se utilizara la violencia para mantenerse en ella para evitar el

denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 26-27.

⁶⁵⁰ PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II.* BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 432-434. Sin tomar postura propia, BRAGE CENDÁN reproduce lo expuesto por PÉREZ MANZANO: “No obstante, dicha autora matiza que también habría que acudir al art. 245.2 en aquellos casos en los cuales se realizase la ocupación de forma pacífica aunque posteriormente se utilizase la violencia para mantenerse en ella o evitar el desalojo, supuestos que para la autora serían atípicos conforme al art. 245.1. Asimismo, estima que se aplicaría la figura del art. 245.2 del citado Código penal en los supuestos de uso de fuerza en las cosas”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 23.

desalojo, ya que se trataría de un supuesto atípico en el marco de la anterior conducta punible”⁶⁵¹.

En esta misma línea de pensamiento se pronuncia GONZÁLEZ RUS, para quien “el concepto de violencia o intimidación [en relación al art. 245.1 CP] es el mismo que en el robo... Tanto una como otra han de concurrir en el momento de la ocupación, por lo que, si se utilizan con posterioridad (para mantenerse en el inmueble, por ejemplo), el hecho debe incluirse en el artículo 245.2”. Continúa afirmando el mismo autor en otra obra: “esta interpretación me parece más ajustada a la letra del precepto y a la relación entre ambas modalidades delictivas que la de incluir en el art. 245.1 la violencia posterior a la ocupación, como he mantenido antes en atención a la naturaleza permanente del delito”⁶⁵².

Ambas posiciones doctrinales son sistematizadas y resumidas por GONZÁLEZ CERRÓN de la siguiente manera: “La paridad entre usurpación y robo, a efectos de violencia o intimidación, hace criticable alguna resolución judicial (St. 6 de julio de 1936) que [no] exige que sea previa a la usurpación la violencia, cuando en el caso del robo la violencia puede acaecer con ocasión del robo, como prevé... el artículo 242.2 [hoy 242.3], aunque, en todo caso, si la violencia o intimidación tienen lugar más allá de la ocasión de la usurpación y con el objeto de mantenimiento de ésta, la calificación de dicha violencia o intimidación no debe ser, como tal, de usurpación; si bien en sentido contrario se ha entendido que la ocupación y usurpación "requieren un mínimo de permanencia" y, por consiguiente, habrán de estimarse típicas, en el sentido del artículo 245.1, no sólo la violencia o intimidación ejercida para "tomar" inicialmente el

⁶⁵¹ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 408 y 417-418.

⁶⁵² GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 475; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 501.

inmueble o asumir la titularidad del derecho real de que se trate, sino también las llevadas a cabo para "seguir actuando como dueño titular"⁶⁵³.

Por su obviedad, no plantea discusión alguna en la doctrina científica que la violencia realizada con posterioridad al desalojo (ya sea por parte de los ocupantes o de terceras personas), no tiene ninguna repercusión con respecto al delito de referencia; y ello, sin perjuicio de su posible imputación (tratándose de los ocupantes desalojados) en concurso real con la ocupación pacífica en el supuesto de producirse la totalidad de los elementos subjetivos y objetivos del nuevo tipo penal cometido⁶⁵⁴.

⁶⁵³ GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 388. *Vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo, 6 de julio de 1936. Criminal. Usurpación de terrenos. (RJA 1576): "Considerando: Que integra el delito de usurpación que establece el artículo 509 del Código Penal, dos requisitos sustanciales: la ocupación de la cosa inmueble o usurpación de derecho real de ajena pertenencia y el que esta ocupación o usurpación se efectúe con violencia o intimidación en las personas; y en este sentido, afirmándose en los hechos probados... es visto que tales actos llevados a cabo por el procesado constituyen el delito que dicho artículo establece, porque no sólo ocupó la finca de ajena pertenencia, sino que tales actos los ejecutó en virtud de intimidación, porque constituyendo la misma, según tiene declarado esta Sala, la ejecución de actos que por su valor propio o por las circunstancias en que se realizaron impongan miedo en la persona que sea su objeto, y asimismo que se tenga por objeto determinado someter al que se dirige el acto producto del miedo, a las exigencias del que las produce, esa intimidación se revela en el presente caso ante la terminante negativa y palabras de que no abandona la finca, pase lo que pase, que no envuelve una mera resistencia, sino que por las circunstancias de su realización, tenacidad y persistencia en sus actos ante el tan legítimo requerimiento del dueño origina una ausencia a la que lógicamente se deduce impiden al dueño el ejercicio de sus derechos y por lo que queda éste sometido a las exigencias del procesado. Considerando: Que a ello no obsta como se pretende por el recurrente el que esa intimidación haya de ser previa a la ocupación porque sentados los dos requisitos esenciales que quedan expuestos desde el momento en que concurren los dos, surge el delito sin sujeción alguna de prioridad que el Código no establece".

⁶⁵⁴ "Otro elemento importante de esta violencia es que sea anterior o simultánea a la ocupación. En ningún caso posterior, por cuanto constituye medio necesario para conseguir aquél. De éste modo, aquellas violencias realizadas con posterioridad al desalojo (ya sean realizadas por los mismos ocupantes o por personas distintas) no tendrán ningún tipo de relevancia respecto a estos delitos. A lo sumo, y siempre que reúnan sus elementos típicos, serán conductas constitutivas de manifestación ilegal, desórdenes públicos, atentados a la autoridad, etc.". BAUCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 723. "Hay concurso real cuando varias acciones independientes de un mismo sujeto dan lugar a varios delitos, que son juzgados en un mismo proceso, o bien en distintos procesos cuando, por su conexión en el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo (CP art. 73 en relación con el CP art. 76.2). La regla básica del concurso real es la acumulación de penas, esto es, la imposición de todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si es posible por su naturaleza y efectos (CP art. 73), o sucesivo, siguiendo el orden de su respectiva gravedad (CP art. 75)". MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 10.- Concurso de leyes y de delitos >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 336. "Hay concurso de delitos cuando un sujeto en el momento de ser juzgado ha cometido varios delitos por los que no ha sido condenado con anterioridad... Hay concurso real cuando el sujeto ha realizado varias acciones cada una de las cuales por separado es constitutiva de un delito: hay tantas acciones como delitos. El concurso ideal consiste en la comisión de varios delitos mediante un solo acto: hay una sola acción y varios delitos". RODRÍGUEZ DEVEZA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 848. En relación al concurso *Vid.*, SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed.

C) Toma de postura: Artículo 245.2 del Código Penal en concurso real

Consideramos que no es acertada la postura de aquellos autores que sostienen que el empleo de violencia o intimidación en las personas para *mantenerse* en la ocupación, para *permanecer*, o para *continuar* en la misma una vez “tomada la posesión pacífica del inmueble” (y por tanto, una vez ocupado y por ende consumado el delito de usurpación pacífica), determina la aplicación del artículo 245.1 del Código Penal; es decir, rechazamos que el empleo de la violencia o intimidación en las personas en cualquier momento de la ocupación determine que la conducta haya de calificarse como usurpación propia o violenta.

Sostenemos la tesis según la cual si la violencia o intimidación en las personas se produce después de haberse consumado la ocupación para *mantenerse* en la misma, la calificación de la conducta ha de ser de usurpación impropia o pacífica en concurso con el correspondiente delito a que pudiere dar lugar la violencia.

La Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre los conceptos de apoderamiento y disponibilidad, en relación con los delitos de hurto y robo con violencia, y que consideramos aplicable al supuesto de referencia manifiesta: “Por fin, en las sentencias de 26 febrero de 1999 y 9 marzo de 2001, al estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, se aclara con cita de otras sentencias la doctrina de la Sala sobre los conceptos de apoderamiento y disponibilidad manifestando que “la violencia para calificar un hecho como robo ha de originarse antes de la disponibilidad” que marca el momento de consumación del delito y que puede ser posterior al apoderamiento. Y en la última “la violencia o intimidación sobrevenidas transmutan en robo violento la infracción precedente integrante de hurto o de robo con fuerza en las cosas, siempre que la violencia o intimidación aparezcan antes de consumarse la infracción contra el patrimonio, que se produce cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas. En el caso, antes de operarse la consumación del apoderamiento de

Dykinson. Madrid, 2011. Págs., 201-206; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 769-780; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Págs., 257-269; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 575-579; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit. Págs., 656-662.

cosa mueble, es decir, cuando el inculpado no había tenido la efectiva y libre disposición de lo sustraído, es sorprendido, y para emprender la huida golpea a alguno de los presentes, propinando manotazos y puñetazos originadores de lesiones que sólo precisaron una primera asistencia. La violencia ejercida transmutó el simple apoderamiento, constitutivo de hurto, en robo con violencia en las personas (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 abril de 1981, 5 marzo 1984, 1 diciembre 1986, 22 y 27 abril de 1988, 21 octubre de 1991 y 19 mayo y 16 septiembre de 1998)”⁶⁵⁵.

El mismo paralelismo que entre el hurto y el robo con violencia se puede establecer entre la usurpación impropia o pacífica y la usurpación propia; de tal manera, que sólo la violencia o intimidación sobrevenidas transmutarían en usurpación propia la infracción precedente integrante de usurpación pacífica o impropia, siempre que la violencia o intimidación aparezca antes de consumarse la infracción contra el patrimonio. Consideramos que no es posible que la violencia sobrevenida transmute la usurpación propia en impropia porque el artículo 245.2 del Código Penal no se trata de un tipo privilegiado respecto a la figura básica tradicional contemplada en el número 1, sino una figura *sui generis*, como lo demuestra el hecho de tener un objeto material diferente y el hecho de que la conducta descrita en el artículo 245.1 se castiga teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado y la descrita en el artículo 245.2 no atiende a esos parámetros⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-10-2001, nº 1722/2001, rec. 3459/1999. Pte: Moner Muñoz, Eduardo (EDJ 2001/31990).

⁶⁵⁶ Así Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 30-10-2013, nº 550/2013, rec. 143/2012, Pte: Flores Domínguez, Jesús (EDJ 2013/298747): “Los hechos que se declaran probados constituyen: Un delito de usurpación previsto y penado en el artículo 245.2 del CP. Suponemos que la invocación hecha al número 1 del artículo 245 por la acusación particular se basa en la opinión de algunos sectores doctrinales que estiman que en el 245.1 debe incluirse también la violencia o intimidación llevada a cabo para seguir actuando como dueño titular, es decir, para mantenerse en el inmueble que se ocupó. Sin embargo esa opinión se enmarca en el estudio exclusivo del artículo 245.1. La ocupación pacífica tipificada en el artículo 245.2 del CP no constituye un tipo privilegiado respecto a la figura básica tradicional contemplada en el número 1, sino una figura “*sui generis*”, como lo demuestra el que la conducta descrita en el artículo 245.1 se castiga teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado y la descrita en el artículo 245.2 no atiende a esos parámetros, lo que ha llevado a afirmar a ciertos sectores doctrinales que en el primer caso es necesaria la concurrencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto en tanto que no es preciso en el segundo. Lo cierto es que en el supuesto enjuiciado el delito de usurpación ya se había consumado cuando se produjo la agresión de Martín a Micaela y a Baltasar; por ello y, al margen de que se castiguen las lesiones sufridas, esa agresión no transmuta el delito del artículo 245.2 en un delito del 245.1”. Pese a existir violencia o intimidación sobrevenida, la Jurisprudencia *menor* considera que existe concurso real de delitos entre la usurpación impropia y el correspondiente delito o falta a que pudiere dar lugar la violencia en las siguientes resoluciones: Juzgado de lo Penal nº 1, Barcelona, S 3-11-2000, nº autos 236/1998, Pte: Camarena Grau, Salvador (EDJ 2000/112148) que condenó a los okupas del Cine Princesa como autores responsables de un delito del artículo 245.2 y de un

La acción que se incrimina es la ocupación de inmuebles, viviendas o edificios ajenos, es decir, tomar posesión de ellos, aprovechando su desocupación (en otro caso habría allanamiento de morada) pero sin contar con la autorización del dueño. Lo que caracteriza esta modalidad de delito es que la ocupación se produce sin enfrentamiento y, por tanto, sin vencer una eventual oposición a la ocupación mediante el empleo de violencia o intimidación en las personas, ya sea subrepticia o clandestinamente, ya mediante el empleo de fuerza en las cosas.

3.2.- Ocupar sin autorización debida, o mantenerse contra la voluntad del titular

La conducta típica en el artículo 245.2 del Código Penal se configura en dos modalidades alternativas de ejecución: *ocupar* sin autorización debida inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, o *mantenerse* en ellos contra la voluntad de su titular. Ambas formas de acción (ocupar *ex novo* tales bienes inmuebles, u omitir *ex post* la salida de los mismos manteniéndose en ellos), poseen el mismo efecto típico de contrariar la voluntad del titular de aquéllos y han de realizarse sin violencia ni intimidación en las personas. Así, afirma GONZÁLEZ RUS que “la diferencia de prosa en el *ocupar* y en el *mantenerse* no suponen diversidad de tratamiento legal, pues quien ocupó con autorización (judicial, administrativa, etc.) puede mantenerse en

delito del art. 556 del Código Penal (posteriormente absueltos tras recurso de apelación); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 7ª, S 24-10-2005, nº 732/2005, Pte: Jiménez Morago, José Teófilo (EDJ 2005/339793); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 13-3-2012, nº 406/2012, rec. 262/2011, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2012/60937); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 22-1-2013, nº 10/2012, rec. 283/2012, Pte: Ordoñez Delgado, Mª del Carmen (EDJ 2013/9259). Como concurso ideal medial *Vid.*, Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 23-5-2006, nº 95/2006, rec. 98/2006, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2006/116098): “Tal conducta reúne claramente los elementos constitutivos del delito de usurpación (artículo 245.2 del Código Penal), bien en su modalidad de ocupación sin autorización debida de un inmueble ajeno, bien en la de mantenimiento en la ocupación contra la voluntad de su titular. Igualmente resulta constitutiva de un delito de coacciones materializado mediante el cambio de cerradura que se utilizó como medio para mantenerse en la ocupación ilegítima [que no para la inicial ocupación que fue pacífica], y que por ello ha dado lugar a la aplicación de las reglas de concurso medial respecto de la infracción anteriormente comentada (concurso respecto del que ninguna infracción es de apreciar por esta Sala). Es precisamente el cambio de cerradura el hecho que acredita la verdadera intención de los denunciados de ocupar el inmueble con carácter permanente, pues de ser cierto (como alegan) que quisieron realizar meras labores de acondicionamiento de la vivienda, resultaría innecesaria e inútil la ejecución de tal acto”.

el edificio o inmueble al amparo de la misma aun en contra de la voluntad del dueño”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476. “La ocupación tiene que hacerse “sin autorización debida” y el mantenimiento “contra la voluntad del titular””. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 208. “La acción se extiende a la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada. La ocupación ha de hacerse sin la debida autorización. También, el mantenerse en el inmueble ha de ser contra la voluntad de su titular. Ambas fórmulas son equivalentes”. LANDECHO VELASCO, C.Mª., Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 201. “Consiste la conducta típica en la no autorizada ocupación del inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o bien en el mantenimiento de los mismos contra la voluntad del titular”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88. “La acción consiste en entrar en una vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, sin autorización; o la conducta pasiva de mantenerse en la misma contra la voluntad de sus titular”. SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 409. “La conducta típica consiste en ocupar sin la debida autorización o mantenerse contra la voluntad de su titular, inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada”. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.... *Op. cit.*, Pág., 266. “El comentado artículo 245.2 recoge en realidad dos figuras delictivas distintas, aunque contengan elementos comunes. La primera es la ocupación sin autorización debida, mientras que la segunda consiste en el mantenimiento contra la voluntad del titular”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 910. “En el Ap. 2 se regula el delito de ocupación pacífica -ocupación- (y para un sector de la jur., además, permanente) de un inmueble, que no sea morada, no autorizada por su propietario... Este delito común lo puede cometer cualquier persona no propietaria del inmueble... y que no tenga derecho a su ocupación, siquiera mediante tolerancia o consentimiento tácito de su propietario”. GALLEGU SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 544. “La acción consiste en ocupar o tomar posesión de casas o edificios vacíos, para vivir en ellos, aprovechando su actual desocupación, sin contar con autorización del dueño. La ocupación se realiza de modo clandestino o subrepticio, sin autorización del titular, pero sin que conste empleo de violencia o intimidación, existiendo la posibilidad de utilización de fuerza en las cosas para acceder al inmueble. También se castiga la conducta pasiva consistente en mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 811. “Existen dos modalidades distintas de comisión del delito de que se trata; la primera, la de “ocupar sin autorización debida”, y la segunda, la de “mantenerse contra la voluntad del dueño””. MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 960. “El artículo 245.2 contempla dos conductas diferentes, por un lado la del verbo “ocupar” y, por el otro, la de mantenerse en un vivienda, inmueble o edificio ajenos “que no constituyan morada”. La primera conlleva la entrada en un inmueble que no constituya morada, contra la voluntad de su titular (propietario o poseedor), mientras que la otra supone que ha existido una previa ocupación con consentimiento o justo título, pero que posteriormente uno de éstos dos ha desaparecido, deviniendo en ilegítima la ocupación”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 6. “Conducta típica. Consiste la misma en la ilícita, esto es no autorizada jurídicamente, ocupación del inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, así como, alternativamente, en el mantenimiento en los mismos contra la voluntad de su titular”. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I.- Delitos contra bienes jurídicos individuales*... *Op. cit.*, Pág., 503. “Los elementos que en positivo identifican como propia esta modalidad de usurpación son dos: la existencia de un acto de ocupación de

La Jurisprudencia *menor* alude a que el tipo penal del apartado segundo del artículo 245 del Código Penal recoge una “doble conducta delictiva de modo alternativo”⁶⁵⁸.

un bien inmueble que sea vivienda o un edificio destinado a otro fin, pero "que no constituya morada" siempre que se lleven a cabo sin la autorización de su titular". ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I.* TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Pág., 347. “La conducta típica es doble. Al igual que en el allanamiento de morada ésta puede consistir tanto en ocupar como en mantenerse en inmuebles ajenos, incluso viviendas siempre que no constituyan morada”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II.* BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 433. “Existen dos modalidades distintas de comisión del delito de que se trata: a) La primera, la de "ocupar sin autorización debida"... b) La segunda, la de "mantenerse contra la voluntad de su dueño””. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario...* *Op. cit.*, Pág., 89. “La acción típica se describe en dos modalidades: por una parte, la mera ocupación sin violencia ni intimidación, del inmueble, por lo que puede ir acompañada de fuerza en las cosas. Cabe el acceso por escalamiento o rotura de puertas, paredes o ventanas, sin que ello configure ni usurpación... [violenta del apartado 1 del art. 245 CP], ni robo ya que no recae sobre cosa mueble”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639.* DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679. “La acción que se incrimina es la de ocupar o tomar posesión de casas o edificios para vivir en ellos, aprovechando su actual desposesión, sin contar con la autorización del dueño. La ocupación se realiza de modo subrepticio o clandestino, sin violencia ni intimidación, pero sin autorización del titular. Se castiga también como alternativa distinta la conducta pasiva y meramente omisiva consistente en mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular. Tal supuesto, que parece traído del allanamiento de morada, implicará una inicial ocupación no constitutiva de delito y precisará de un requerimiento formal del propietario para desalojar”. BENEYTEZ MERINO, L.: << De la Usurpación >> en *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 922. “El legislador equipara la ocupación al mantenerse ilícitamente en el inmueble cuando se ha entrado correctamente en él, como tipo alternativo”. VICENTE MARTÍNEZ, R.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal.* ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M. (DIRS.); NIETO MARTÍN, A., Y PÉREZ CEPEDA, A.I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 554. “La conducta del sujeto activo admite dos modalidades: la mera ocupación del inmueble de forma subrepticia o clandestina, sin violencia ni intimidación, por lo que admite que pueda darse fuerza en las cosas; y, mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular”. DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepínNET revista. Práctica penal...* *Op. cit.*, Pág., 28. “Mientras en el apdo. 1 únicamente se contempla la ocupación, en el apartado segundo se recoge además el mantenimiento”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin...* *Op. cit.*, Pág., 4.

⁶⁵⁸ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 29-10-2002, nº 387/2002, rec. 328/2002, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2002/101204); Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 7-7-2005, nº 374/2005, rec. 121/2005, Pte: Ramos Almenara, Pedro (EDJ 2005/308442): “El tipo penal del apartado segundo del artículo 245.2 del Código Penal recoge una *doble conducta delictiva de modo alternativo*: el ocupar sin autorización debida o el mantenerse contra la voluntad del titular. En el segundo caso es necesario que el titular manifieste su oposición no así en el primero en el que la falta de autorización determina la tipicidad de la conducta, de forma similar al delito de hurto al requerir la falta de voluntad del dueño y no la oposición del dueño”.

3.2.1.- ESTRUCTURA ANÁLOGA AL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

De acuerdo con la formulación legal dos son los comportamientos típicos que se ofrecen: *ocupar o mantenerse*; análogamente a lo que sucede en el allanamiento de morada: *entrar o mantenerse*. Parece que a la luz de las semejanzas existentes en la redacción de los artículos 202.1 y 245.2 del Código Penal, el legislador tuvo en cuenta el tipo de allanamiento de morada para redactar el de ocupación pacífica; ya que, ambos están estructurados de la misma manera. Así, se cubre una laguna legal al dar protección penal al *inmueble que no constituye morada* y, en el cual, ha entrado o se mantiene, uno o varios sujetos, contra la voluntad de su titular. El inmueble que por no ser morada no quedaba protegido por el delito de allanamiento, desde el Código Penal de 1995, lo es por el de ocupación pacífica.

Hágase notar que hasta la Ley de 7 de abril de 1952, el delito de allanamiento únicamente contemplaba la modalidad de *entrar*, siendo a partir de esa fecha cuando se introdujo la segunda modalidad como figura subsidiaria complementaria, de suerte que quien hubiese tenido acceso a la morada con consentimiento, ya no podía incurrir en delito de allanamiento por más que luego se negase a salir, desobedeciendo la orden del morador. Para castigar esta conducta y evitar así una laguna en el precepto legal se tipificó el mantenimiento. Análogamente, es lo que sucede en la ocupación impropia, quedando sujetas a sanción penal las dos posibles hipótesis de ocupación sin beneplácito del titular del inmueble⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹ Cfr., QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., Pág., 446; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 9; SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... Op. cit., Págs., 874-877. “La [ley] de 7 de abril 1952 introduce en el allanamiento de morada una forma omisiva”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*... Op. cit., Pág., 118. “La conducta típica es doble. Al igual que en el delito de allanamiento ésta puede consistir tanto en ocupar como mantenerse en inmueble ajeno. No obstante, este delito de usurpación se diferencia de aquél por la distinta naturaleza del bien jurídico protegido y del objeto material sobre el que recae la acción”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... Op. cit., Pág. 417. “La analogía más evidente surge con el allanamiento de morada, con el que coinciden acción y estructura típica, difiriendo exclusivamente en el objeto que justamente no ha de ser morada. No hay pues ataque a la intimidad personal ni a la inviolabilidad domiciliaria, sino sólo a elementos del patrimonio como son el uso y disfrute inherentes a la propiedad y posesión de bienes inmuebles, locales y viviendas”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... Op. cit., Pág., 1680. “La proximidad de este comportamiento al comportamiento típico del delito de allanamiento de morada es evidente. La nota diferenciadora con dicho delito estriba en la ausencia del carácter de morada del inmueble, vivienda o edificio que se ocupa”. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: << Libro II.- Título

Así lo entiende también la Jurisprudencia *menor*, aludiendo a “claro paralelismo” entre ambas figuras delictivas, y a que “se hallan definidas de la misma forma”⁶⁶⁰.

XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo V.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 705. “Nótese una cierta semejanza con el delito de allanamiento de morada del art. 202. Ambos utilizan el verbo mantenerse, por lo que a estos efectos deberá tener una misma significación. Por lo demás, las diferencias entre ambas conductas son evidentes”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317. “La conducta típica es doble. Al igual que en el allanamiento de morada ésta puede consistir tanto en ocupar como en mantenerse en inmuebles ajenos, incluso viviendas siempre que no constituyan morada”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 433. “La acción que se incrimina es la de ocupar o tomar posesión de casas o edificios para vivir en ellos, aprovechando su actual desposesión, sin contar con la autorización del dueño. La ocupación se realiza de modo subrepticio o clandestino, sin violencia ni intimidación, pero sin autorización del titular. Se castiga también como alternativa distinta la conducta pasiva y meramente omisiva consistente en mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular. Tal supuesto, que parece traído del allanamiento de morada, implicará una inicial ocupación no constitutiva de delito y precisará de un requerimiento formal del propietario para desalojar”. BENEYTES MERINO, L.: << De la Usurpación >> en *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis*. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 922.

⁶⁶⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 12-2-1999, nº 103/1999, rec. 29/1999, Pte: Maza Martín, José Manuel (EDJ 1999/7078): “Mientras que la necesidad y justificación de la incorporación de la conducta referida se revela oportuna, como mecanismo para la protección del derecho de propiedad, constitucionalmente consagrado, si advertimos su diferencia con el delito de allanamiento de morada, previsto en el art. 202 del Código Penal, como infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio que, por cierto, también recoge dos supuestos, según que concurra empleo de violencia o intimidación o no, en *claro paralelismo* con el ejemplo que nos ocupa”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “*La conducta típica es doble. Al igual que en el delito de allanamiento de morada ésta puede consistir tanto en ocupar como mantenerse en inmueble ajeno.* No obstante, este delito de usurpación se diferencia de aquél por la distinta naturaleza del bien jurídico protegido y del objeto lo constituye un inmueble, vivienda o edificio siempre que los mismos no sean en el momento de los hechos utilizados como morada”. La Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 16-1-2003, rec. 217/2001, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2003/42349), dice: “Si analizamos el apartado 2º del artículo 245 del Código Penal de 1995 llegaremos a la conclusión que existen dos modalidades de comisión de la infracción penal, la primera la de ocupar sin autorización y la segunda la de mantenerse contra la voluntad de su dueño... Pero es que además, *estas dos modalidades se hallan definidas de la misma forma que las modalidades del delito de allanamiento de morada* tipificadas en el artículo 202 del Código Penal de 1995”. Y la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-5-2003, rec. 34/2003, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2003/53690): “Debe tenerse en cuenta que *estas dos posibilidades delictivas de la usurpación no violenta ni intimidatoria se hallan definidas de la misma forma que las modalidades del delito de allanamiento de morada* tipificadas en el art. 202 del CP de 1995, art. 490 del Código Penal texto refundido de 1973”. Y con idénticas palabras, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643).

3.2.2.- DISYUNTIVA ANÁLOGA A LA USURPACIÓN PROPIA

La conducta típica en la usurpación propia o violenta del artículo 245.1 del Código Penal consiste en *ocupar* una cosa inmueble *o usurpar* un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena. También existe una disyuntiva en la usurpación impropia o pacífica del artículo 245.2 del Código Penal al radicar la acción en *ocupar*, sin autorización debida, inmuebles, viviendas, o edificios ajenos que no constituyan morada, *o mantenerse* en ellos contra la voluntad de su titular. En principio, por su emplazamiento sistemático en el Capítulo V, del Título XIII, del Libro II del Código Penal, el cual lleva por rúbrica “De la usurpación”, se infiere que tanto las conductas del apartado 1, como las del apartado 2 del artículo 245 del Código Penal (y las demás que integran el referido Capítulo, -artículos 246 y 247-) son igualmente usurpatorias, aun cuando en la pacífica o impropia la acción no esté lingüísticamente expresada en la ley mediante el verbo *usurpar* como acontece en la propia o violenta. Así, sostiene ROCA AGAPITO que “la ausencia de la expresión *"usurpar"* en el art. 245.2 CP no supone su exclusión, pues se trata de una acción incluida en la de *"ocupar"*”⁶⁶¹.

⁶⁶¹ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 202. En este mismo sentido, BRAGE CENDÁN, recopilando a BAUCELLS Y LLADOS, dice: “además, para este autor el término “ocupare” empleado en el art. 245.2 del Código penal englobaría las acciones de “ocupar” y “usurpar” del mencionado art. 245.1 del reiterado Código penal”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 21. “Ese es pues, el sentido que debe otorgarse a la acción de “ocupar” del artículo 245.1 CP y a nuestro entender también del artículo 245.2 CP [no una mera perturbación en el uso y disfrute del bien, sino una desposesión física al propietario o titular del derecho real de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica]. La ausencia en el nuevo artículo 245.2 CP de la expresión “usurpar” no puede utilizarse como argumento para excluir la posibilidad de entenderlo como sinónimo del verbo “ocupar”. Entendemos que la expresión “ocupare” del artículo 245.2 CP engloba las acciones de “ocupar” y “usurpar” del artículo 245.1 puesto que de entenderse impune la usurpación de derechos reales como algo distinto de la ocupación, se estaría protegiendo exclusivamente la tenencia o posesión no derivada de un derecho real y se estaría dejando desprotegida la posesión derivada de la titularidad de un derecho real sobre el inmueble. Una interpretación así sería, en primer lugar, desproporcionada en cuanto que el ataque más pleno al patrimonio inmobiliario quedaría impune. También sería contradictorio con el bien jurídico protegido tal y como ha sido definido anteriormente, puesto que se protegería exclusivamente posiciones reales *de facto*, sin ser reconocidas por el ordenamiento jurídico. Por último, también nos permitiría englobar la acción de “usurpar” en la de “ocupar”, el reconocimiento que el artículo 438 CC hace de la ocupación como forma de adquirir la posesión. Este precepto establece que “la posesión se adquiere por la *ocupación material de la cosa o derecho poseído*, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad (...)”. Esta admisión de la ocupación posesoria tanto de cosas como de derechos, permitiría fundamentar que en estos últimos la posesión también debería realizarse a través de la ocupación de las cosas en que aquellos derechos se concreten”. BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995... Op. cit.*, Págs., 128-129. Lo opuesto a ROCA AGAPITO y BAUCELLS I LLADOS sostiene NOGUEIRA GANDÁSEGUI al afirmar: “Si comparamos ambas palabras, podríamos decir que usurpar es un ocupar cualificado por la violencia, por lo que, desde un punto de vista lingüístico, podría incluir este verbo el

Se hace preciso, pues, el análisis de las distintas modalidades de acción (usurpar, ocupar, mantenerse) para dilucidar si son equiparables entre sí, no ya semánticamente sino en un plano jurídico penal; y ello, sobre la base de que la conducta típica, *ocupar o mantenerse*, es alternativa, disyuntiva, resultando, por tanto, incompatibles simultáneamente ambas conductas. Así, advierte FERNÁNDEZ APARICIO: “el sujeto ocupa o se mantiene, pero no “y se mantiene”; por cuanto lo segundo es consustancial a lo primero”; y MANZANARES SAMANIEGO, para quien la alternatividad de las conductas “impide acudir a la segunda cuando el destinatario de la orden hubiera sido previamente un ocupante incluido en el primer supuesto”⁶⁶².

3.2.3.- OCUPACIÓN CIVIL VS. OCUPACIÓN PENAL

Tanto el Código Civil (artículos 609 y 610) como el Código Penal (artículo 245) emplean el término ocupación. La necesidad de confrontarlos responde a la finalidad de disipar las dudas conceptuales que la homonimia pueda generar. Estas distinciones no

contenido del otro, ocupar, puesto que en la idea de usurpar va incluida la idea de ocupar, con el añadido de la violencia y, por otra parte, el verbo usurpar sería de aplicación exclusiva en cuanto que el objeto directo fuese un derecho”. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 83. “Ambos delitos lo son de usurpación, y hasta cierto punto la exégesis del número 2 no puede hacerse a espaldas del número 1 [del art. 245 CP]”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 220. “Puede entenderse que la usurpación es una figura de apoderamiento, que comprende la ocupación violenta o intimidativa (apartado 1) y la no violenta (apartado 2), limitada a inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada”. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario...* Op. cit., Pág., 89.

⁶⁶² FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*... Op. cit., Pág., 1317; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 223. Vid., Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 4-5-2004, nº 463/2004, rec. 495/2004, Pte: Hernández García, Javier (EDJ 2004/71415); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 6-7-2007, nº 166/2007, rec. 10/2006, Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2007/202155); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 2ª, A 12-5-2009, nº 346/2009, rec. 387/2008, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2009/146834); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, A 20-6-2011, nº 346/2011, rec. 17/2011, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2011/199382): “Ello obliga a acudir a una interpretación sistemática y a tomar en cuenta los elementos descriptivos contenidos no sólo en el mismo subtipo sino también a los contemplados en el párrafo primero del tipo del artículo 245 del Código Penal y, desde luego, a los elementos que extraídos de la regulación extrapenal ofrecen cobertura significativa a los mismos”.

significan, por tanto, un mero ejercicio de estéril taxonomía, sino que sirven además de pauta para la correcta interpretación del tipo penal.

A) *Ocupación civil: modo de adquirir el dominio*

La ocupación fue un modo importante de adquirir la propiedad de las cosas en los pueblos primitivos, y aún hoy en los pueblos en formación. En los de civilización más avanzada tiene reducida aplicación, tanto porque la vida social reduce el número de cosas sin dueño, como porque las modernas legislaciones tienden a atribuir al Estado la propiedad de los bienes abandonados o que carecen de dueño⁶⁶³.

El Código Civil conoce la ocupación como modo de adquirir el dominio, y lo incluye entre los enumerados en el artículo 609, junto a la ley, donación, sucesión, ciertos contratos seguidos de tradición, y prescripción. El artículo 610 dispone que “se adquieren por la *ocupación* los bienes apropiables por su naturaleza que carezcan de dueño, como los animales que son objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas”. De ahí se colige que la ocupación recae sobre bienes apropiables por naturaleza que no tienen dueño; bien porque nunca lo tuvieron (*res nullius*), bien porque han sido abandonados (*res derelictae*)⁶⁶⁴.

⁶⁶³ “En su amplia y general acepción se entiende por bienes mostrencos todos los que no tienen dueño conocido, sean muebles e inmuebles; pero en su acepción propia, sólo comprende tal denominación a los *muebles o semovientes* que se encuentran abandonados o perdidos sin saberse a quién pertenecen, en lo que se diferencian de los bienes *vacantes*, que son *inmuebles* que se encuentran sin dueño por causa ignorada, y de los *abintestatos*, que pueden ser muebles o raíces, pero carecen de dueño por haber muerto éste sin dejar quién le suceda. Comprueba esta diferencia la misma denominación de *mostrencos*, que se les dio porque debían ser pregonados o *mostrados* para que su dueño pudiese saber el hallazgo y reclamarlos. Sin embargo, en el lenguaje jurídico corriente se designan con el calificativo de *mostrencos* todos los indicados. Como *nullius* deben, en principio, pertenecer al primer ocupante, y así lo declaró el Derecho romano; pero las leyes de los Estados modernos los han reservado para el príncipe, primero, y después para el Estado. Las Leyes del tít. XXII. lib. X de la Novísima Recopilación, con el epígrafe “De los bienes vacantes y mostrencos”... [estuvieron] rigiendo hasta que se publicó la Ley del 16 de mayo de 1835, de aplicación general para todo el Reino”. Voz MOSTRENCO en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Tomo XXXVI. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1986. Págs., 1333-1334. En la actualidad el uso del término mostrenco ha quedado relegado para designar a los bienes inmuebles vacantes. Así el DRAE en la VOZ BIENES MOSTRENCOS: 1. m. pl. *Der.* “Bienes inmuebles vacantes o sin dueño conocido que por ley pertenecen al Estado”. Como ya expusimos, los bienes inmuebles siempre serán objetos idóneos de usurpación pues siempre pertenecen a alguien, incluso los mostrencos (bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido), que pertenecen, *ope legis e ipso iure*, como bienes patrimoniales a la Administración General del Estado (arts. 16 y 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

⁶⁶⁴ Ubicados sistemáticamente en el Libro Tercero del Código Civil, que tiene por rúbrica, “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, disponen los artículos 609 y 610: Artículo 609.- “La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se

La ocupación puede conceptuarse, pues, según definición de DÍEZ-PICAZO, como “la adquisición del dominio por la aprehensión material o por la sujeción al señorío de la voluntad del ocupante de las cosas que el ordenamiento jurídico considera susceptibles de ella”. Es por ello, un modo de adquirir basado en la toma de posesión, en el que se debe detectar siempre una voluntad de sujetar la cosa a nuestro poder. Caso contrario, no hay toma de posesión ni, por tanto, ocupación⁶⁶⁵.

Partiendo de la idea civil de ocupación como toma de posesión de la cosa con ánimo de hacerla nuestra (aunque olvidando que ha de tratarse de cosa mueble no poseída, y sin dueño), algunos autores y alguna resolución de la Jurisprudencia *menor* consideran que debe entenderse, pues, la ocupación penal en el sentido técnico jurídico que tiene en el Derecho civil (SALOM ESCRIVA, FERNÁNDEZ APARICIO) de tal manera que si la conducta consiste en una simple entrada para recoger la cosecha que el inmueble hubiera producido no se incurriría en esta infracción; en contra RODRÍGUEZ RAMOS⁶⁶⁶.

adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”. Y el artículo 610: “Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas”.

⁶⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general...* Op. cit., Págs., 170-175; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit., Págs., 303-319; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)...* Op. cit., Págs., 81-94; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión...* Op. cit., Págs., 305-322. “En el modo de adquirir originario no se basa el derecho que se adquiere en derecho anterior alguno y, si lo hubo, la adquisición es independiente de él. No tanto se trata de que existiera o no un derecho preexistente, sino que en el modo originario no hay transmisión de un derecho al titular nuevo, no hay relación de causalidad entre el derecho preexistente y el adquirido, no se basa ni proviene éste de aquél, sino que se adquiere con abstracción de si hubo y cómo lo hubo, un derecho anterior. La ocupación es el más típico *modo originario* de adquirir y se refiere únicamente al derecho de propiedad, no a los demás derechos reales”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario...* Op. cit., Pág., 93.

⁶⁶⁶ Cfr.: “Ambas expresiones equivalen a despojar de tales bienes o derechos a su titular, refiriéndose la de ocupación a los inmuebles y la de usurpación a los derechos reales, al no ser posible en estos últimos la ocupación material de los mismos. Debe, pues, entenderse la “ocupación” en el sentido técnico jurídico que tiene en el Derecho civil, por lo que cuando no reviste tal carácter falta la acción característica del delito que examinamos; por ello, si la conducta del acusado consistió en la simple entrada en la finca con el único propósito de recoger la cosecha que el inmueble había producido no se incurre en esta infracción”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... Op. cit., Pág., 48. “Respecto al primer verbo rector del tipo implica un deseo de adueñarse, dado que el verbo ocupar en su sentido civilista equivale a un modo originario de adquirir la propiedad, tal como se infiere

B) Tratamiento jurídico de la cosa perdida, abandonada o sin dueño

Que la cosa tenga o carezca de dueño es algo que no se deduce siempre objetivamente de lo que la cosa sea y de las circunstancias en que esté ni que siempre pueda ser sabido. Si la situación jurídica no está clara, a la vista de la realidad práctica, no se puede negar que en algunos casos es presumible que carezca de dueño (v. gr., que sea cosa abandonada la que, siendo de las que usualmente se abandonan, se encuentra en el suelo o en un vertedero), y que en otros lo es que éste la perdió (v. gr., la joya encontrada).

del propio art. 609 del Código Civil. Ocupar es, pues, aprehender con la finalidad de unirlo al patrimonio del sujeto ocupante al menos de una forma transitoria cuando no definitiva". FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317. "También se puede estimar incluso en este nuevo tipo penal, la conducta del que a sabiendas y voluntariamente invade una propiedad vallada o cercada, en contra de la voluntad de su dueño, conducta que antes era constitutiva de mera falta (art. 590 del antiguo Código Penal)". RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.... *Op. cit.*, Pág., 157. *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-5-2003, rec. 34/2003, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2003/53690); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-9-2005, nº 395/2005, rec. 5257/2005, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2005/244096); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652): "De ahí que el término "ocupar" (primera modalidad), tal como sostiene acertadamente la sentencia de instancia, deba interpretarse en su justa medida, que no es otra que la que se desprende de la propia dimensión jurídica tradicional que se da a la ocupación, concepto heredado de la doctrina civilista que lo considera como uno de los modos de adquirir la propiedad, integrándose éste por la toma de posesión de una cosa concreta con intención de haberla como propia, el *animus rem sibi habendi*, lo que significa que "ocupar" requiere necesariamente, insistimos, una voluntad estable y duradera en el tiempo que acredite una clara intención del sujeto activo de poseer la cosa definitivamente como propia". Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 4-5-2004, nº 463/2004, rec. 495/2004, Pte: Hernández García, Javier (EDJ 2004/71415); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 6-7-2007, nº 166/2007, rec. 10/2006, Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2007/202155); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 2ª, A 12-5-2009, nº 346/2009, rec. 387/2008, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2009/146834); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, A 20-6-2011, nº 346/2011, rec. 17/2011, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2011/199382): "De tal modo, no podemos desconectar la exigencia de autorización del titular de la existencia de un derecho que conceda a éste un *ius possidendi*, ni tampoco podemos aislar la referencia a ocupación del valor normativo que dicha acción adquiere en el Código Civil, como modo de adquisición del dominio y de la posesión". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 1-9-2005, nº 743/2005, rec. 61/2005, Pte: Balibrea Pérez, Mª Dolores (EDJ 2005/252287): "Ocupar es definido por el Diccionario de la Lengua Española como tomar posesión, apoderarse de una cosa, habitar una casa. El Código Civil regula la ocupación como uno de los modos de adquirir la propiedad. Conceptos todos que conducen a la idea de que ocupar exige una cierta permanencia y un ánimo de tenencia de la cosa con carácter excluyente, con las facultades de disfrute de la cosa propias del dueño". Sentencia que ha sido criticada por la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, al equiparar ambos conceptos de ocupación, en A 17-7-2013, nº 445/2013, rec. 497/2013, Pte: Martínez de Salinas Alonso, Luis (EDJ 2013/319138).

Siendo posible tanto perder una cosa no valiosa o inútil, como abandonar una útil o de valor. ALBALADEJO distingue dos supuestos⁶⁶⁷:

- Considerar que las cosas presumiblemente perdidas deben entregarse a su anterior poseedor o la autoridad, de forma que no es lícito al que las encuentra conservarlas ni menos quedárselas para sí⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit., Págs., 303-305.

⁶⁶⁸ “La apropiación de cosa perdida es conducta punible en la generalidad de las legislaciones modernas en unos casos como hurto, y en otros como estafa, apropiación indebida o delito *sui generis*. En Derecho español se castiga conforme al CP art. 252 [debe decir 253] como incumplimiento del deber impuesto en el CC, art. 615”. BAJO FERNÁNDEZ, M.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 8.- Apropiación indebida >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 1019. Así, el artículo 615 del Código Civil dispone: “El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo. El Alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos. Si la cosa mueble no pudiese conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio. Pasados dos años, a contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada o su valor al que la hubiese hallado. Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, a satisfacer los gastos”. Y el artículo 253 del Código Penal: “Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años”. “Debe tratarse de una cosa con dueño porque en otro caso estaríamos en presencia de una “*res nullius*” susceptible de ocupación sin posibilidad alguna de ser objeto material de los delitos de apoderamiento o apropiación”. BAJO FERNÁNDEZ, M.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 8.- Apropiación indebida >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 1020. Dispone la Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 5-9-2014, nº 352/2014, rec. 428/2014 Pte: Uceda Sales, Sara (EDJ 2014/183642): “La modalidad de apropiación indebida que se contempla en el artículo 253 del Código Penal castiga como apropiación indebida el apoderamiento de cosa perdida o de dueño desconocido, que antiguamente era considerada como una modalidad de hurto hasta la reforma penal de 1.983. En relación con la distinción entre cosa perdida y cosa abandonada, debe acudir a la doctrina jurisprudencial clásica que establecía que la cosa se podía considerar como perdida cuando por su propia naturaleza y ostensible valor no sea verosímil que pudo ser abandonada por su dueño, como acontece cuando se trata de un objeto, que por sus características y por el lugar donde aparece, puede dar a entender al que lo encuentra que se trata de una cosa perdida. El actual tipo penal hace una significativa ampliación del ilícito, para los que se apropiaren de cosas cuyo dueño sea desconocido, pero en ningún caso se puede extender el tipo, a las cosas abandonadas cuya ocupación permite el Código Civil en el artículo 610, sino solamente a aquellas que por las especiales circunstancias en las que son encontradas, denotan su pérdida o la existencia de un titular desconocido”. Esta sentencia reproduce lo que ya dispuso el TS en relación a la distinción entre cosa perdida y abandonada. Así, el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-12-1999, nº 1807/1999, rec. 3029/1998, Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDJ 1999/39969), dice: “En relación con la distinción entre cosa perdida y cosa abandonada, debemos acudir a la doctrina jurisprudencial clásica que establecía que la cosa se podía considerar como perdida cuando por su propia naturaleza y ostensible valor no sea verosímil que pudo ser abandonada por su dueño, como acontece cuando se trata de un objeto... que por sus características y por el lugar donde aparece, puede dar a entender al que lo encuentra que se trata de una cosa perdida”. Y el Tribunal Supremo, Sala 2ª, S 8-2-1989, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 1989/1210): “En verdad, el carácter de cosa perdida no depende sólo de la situación de la cosa... sino de consideraciones que rigen el tráfico social con las cosas. De la misma manera que no se puede poner en duda que el dueño de una tienda tiene “en su poder” las

- Que las cosas presumiblemente abandonadas, es lícito quedárselas el que las halle, y también lo es que decida hacerlas suyas. Y si carecen de dueño las adquiere por ocupación. Pero no si lo tienen. Entonces deviene poseedor sometido a la reivindicación del dueño. No adquiere la propiedad inmediatamente, aunque hubiese ocupado de buena fe (creyéndola abandonada), pues se lo excluye el artículo 464.1º del Código Civil. La adquiere sólo por usucapión ordinaria o extraordinaria⁶⁶⁹.

C) Inmuebles: objetos no susceptibles de ocupación civil e imprescriptibles

En ningún caso, ocupar (en sentido penal) tiene la misma significación que la que otorga el Derecho Civil a este término (y en este sentido discrepamos de SALOM ESCRIVA, Y FERNÁNDEZ APARICIO), ya que en dicha rama del ordenamiento jurídico la ocupación constituye uno de los medios legítimos de adquirir la propiedad de las cosas que no tienen dueño, bien porque nunca lo tuvieron (*res nullius*), bien porque han sido abandonadas (*res derelictae*). No es éste precisamente el sentido que pretende utilizar el legislador penal en el artículo 245.2 del Código Penal. La exigencia típica de que la acción se realice sobre *cosas inmuebles de pertenencia ajena* supone ineludiblemente la necesidad de que exista un dueño o titular de algún derecho real sobre el bien inmueble, lo que no ocurre en los casos de *res nullius*, ni de *res derelictae*⁶⁷⁰.

mercancías que le ha dejado delante de su puerta el repartidor de las mismas antes de la apertura de aquélla, en el caso del cheque que motiva este proceso tampoco es problemático que se trate de una cosa perdida. Ello es consecuencia del criterio jurídico con el que se determina si una cosa está o no bajo el poder de otro. Tal criterio, como se lo señala en la doctrina, es el "concepto cotidiano de la vida social". Según este concepto, un cheque al portador que no está bajo el poder efectivo de una persona, sino prácticamente a disposición de cualquiera, es una cosa que no se puede considerar dentro de la esfera de poder de alguien, y por tanto perdida. La circunstancia de que los cheques hubieran sido previamente sustraídos no afecta esta conclusión, toda vez que ello no justificaría una reducción del fin de protección de la norma cuya lesión se sanciona en el art. 535.2 del Código Penal [TR de 1973, -hoy art. 253 CP 1995-]. Con respecto al dueño, por otra parte, la sustracción sufrida es, en realidad, solo la causa de la pérdida".

⁶⁶⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit., Págs., 303-305. Dispone el artículo 464.1º del Código Civil: "*La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea*".

⁶⁷⁰ BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* Op. cit., Pág., 21; ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL,

La Audiencia Provincial de Madrid considera que “es criticable que en algunas sentencias, como la SAP Barcelona de 1 de septiembre de 2005, se equipare el “ocupar” del Código Penal con el que aparece en el Código Civil, habida cuenta que el segundo se refiere a la ocupación de ciertos bienes muebles, y nunca a la de inmuebles como forma de adquisición del dominio”⁶⁷¹.

No podemos, pues, admitir el considerar un inmueble como *res nullius* y por tanto como “no ajeno” y “susceptible de ocupación”, pues, en tales supuestos sería el Estado *ope legis e ipso iure* el titular del inmueble.

En relación a los inmuebles y como ya advertimos al tratar el objeto material se trata de bienes que nunca carecen de propietario, pues, a falta de otro dueño pasan a pertenecer al Estado con lo que nunca son ocupables (en el sentido civil del término); y siempre serán susceptibles (cuando no sean morada) de ser objeto material del delito de ocupación al predicarse respecto de los mismos la ajenidad⁶⁷².

A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 201; BAUCCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... *Op. cit.*, Págs., 713-714; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*... *Op. cit.*, Pág., 126.

⁶⁷¹ Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, A 17-7-2013, nº 445/2013, rec. 497/2013, Pte: Martínez de Salinas Alonso, Luis (EDJ 2013/319138).

⁶⁷² Los bienes inmuebles siempre serán objetos idóneos de usurpación, pues, siempre pertenecen a alguien, incluso los mostrencos (bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido), que pertenecen, *ope legis e ipso iure*, como bienes patrimoniales a la Administración General del Estado (arts. 16 y 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). Disponen así los artículos 16 y 17 de la LPAP: Artículo 16.- Carácter patrimonial de los bienes adquiridos: “*Salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público*”. El segundo de ellos: Artículo 17.- Inmuebles vacantes: “1.- *Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño. 2.- La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d del artículo 47 de esta Ley. 3.- La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero. 4.- Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil*”. Rechazamos aquellas posturas (*vid.*, por todos, FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317), que sostienen que la *res nullius* o la *res derelictae* inmobiliaria pueden ser legítimamente adquiridas mediante la ocupación (entiéndase por tal la ocupación civil, arts. 609 y ss. del

La sustracción de los inmuebles a la ocupación civil, como modo de adquirir la propiedad, se hace no por sustraerlos, sino que es consecuencia de atribuir al Estado, *ope legis e ipso iure*, los que no tenían otro dueño. Con ello se les ha sustraído a la ocupación civil, que, por tanto, sólo puede operar sobre muebles. Asimismo, el carácter permanente del delito les hace imprescriptibles⁶⁷³.

CC). En el primer supuesto porque no existen los bienes inmuebles abandonados, y en el segundo supuesto porque es difícilmente concebible perder un bien inmueble. Así, dice ALBALADEJO: “De modo que si, a falta de otro dueño, los inmuebles pasan a pertenecer al Estado, nunca carecen de propietario, así que nunca son ocupables... Sustraer los inmuebles a la ocupación se hace (obviamente), no por sustraerlos, sino que es consecuencia de atribuir al Estado los que no tenían otro dueño... Con lo que entonces (y como *efecto*, y no como *fin* perseguido), se les ha sustraído a la ocupación, que, por tanto, sólo puede operar sobre muebles”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes... Op. cit.*, Págs., 307-308. “Los inmuebles que sean *res nullius* adquiere el Estado su propiedad, no por ocupación, sino automáticamente, *ipso iure, ex lege* (por lo cual una cosa inmueble nunca carece de propietario, nunca llega a ser *res nullius*). Un particular, en consecuencia, nunca los podrá adquirir por ocupación”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario... Op. cit.*, Pág., 98. “Los bienes inmuebles en ningún caso pueden considerarse *nullius*; en consecuencia los bienes inmuebles abandonados sí tendrían el carácter de ajenos para los ocupantes, no sólo porque no les pertenecen, sino porque además pertenecen al Estado... Si esa atribución [del inmueble al Estado] tiene origen legal, esto es, de forma automática, el bien inmueble deberá ser siempre considerado como ajeno frente al tercero que lo ocupa”. LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda>> en *Cuadernos de Política Criminal... Op. cit.*, Pág., 307. “Problemático resultaría el supuesto de la cosa perdida aunque no abandonada, si bien en la práctica resulta difícilmente concebible perder un bien inmueble”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 25.

⁶⁷³ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes... Op. cit.*, Págs., 307-309. “Anteriormente se había discutido la posibilidad de adquirir por ocupación bienes inmuebles “vacantes y sin dueño conocido” (*res nullius*), pues no estaba claro si continuaba vigente la Ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1835, que los atribuía al Estado, o si estaba derogada por el artículo 1976 del Código civil. La Ley de [Bases] del Patrimonio del Estado (de 24 de diciembre de 1962, texto articulado por Decreto de 15 de abril de 1964) acabó con la polémica anterior y los atribuyó al Estado. Esta Ley ha sido derogada por la [Ley 33/2003], de 3 de noviembre de 2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que dispone que los inmuebles que carezcan de dueño pertenecen a la Administración General del Estado, por ministerio de la ley [*ope legis*]. Por tanto, se trata de una adquisición de la propiedad *ipso iure*, sin necesidad de acto administrativo alguno. En cuanto a la toma de posesión, se practica administrativamente, si no lo posee nadie a título de dueño y si efectivamente alguien lo posee, deberá entablar una acción (reivindicatoria) ante los órganos jurisdiccionales del orden civil (artículo 17). Por lo tanto, los inmuebles que sean *res nullius* adquiere el Estado su propiedad, no por ocupación, sino automáticamente, *ipso iure, ex lege* (por lo cual una cosa inmueble nunca carece de propietario, nunca llega a ser *res nullius*). Un particular, en consecuencia, nunca los podrá adquirir por ocupación, pero los puede poseer y llagar a adquirirlos por *usucapión*”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario... Op. cit.*, Pág., 98. En contra de este criterio (la posibilidad de adquirir un inmueble abandonado y ocupado por usucapión) su muestra CASTÁN, con quien compartimos plenamente el argumento de hacer extensible el artículo 1956 del Código Civil no sólo a los bienes muebles sino también a los inmuebles pues no hay razón lógico-jurídica para que sea de mejor condición un ladrón que un usurpador. Siendo el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles un delito permanente, como luego se verá, no puede comenzar a correr el plazo de prescripción del delito mientras se mantenga la situación de antijuridicidad (artículo 132.1 CP), y por ende no puede comenzar a computarse el plazo de la usucapión. “Con relación a las cosas hurtadas o robadas, dice el Código que “no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o

3.2.4.- OCUPAR: PRIMERA CONDUCTA ALTERNATIVA

A) *Ocupar y usurpar: conductas equivalentes*

Un sector doctrinal considera que por *ocupar* hay que entender lo mismo que por *usurpar*, pues son equivalentes, refiriéndose en definitiva ambas expresiones a despojar del objeto material; consistiendo, pues, la conducta en el hecho efectivo de disfrutar de aquél como si fuera su titular y de excluir a su legítimo poseedor. La ocupación versaría sobre los inmuebles y la usurpación sobre los derechos reales, al no ser posible en estos últimos la ocupación material de los mismos.

Semánticamente, no faltan autores (el sector mayoritario de la doctrina) que consideran plenamente aplicables las definiciones que de los términos ocupar y usurpar nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española. Así:

- Ocupar. (Del lat. *occupāre*). 1. tr. Tomar posesión o apoderarse de un territorio, de un lugar, de un edificio, etc., invadiéndolo o instalándose en él. (En su tercera acepción: 3. tr. Llenar un espacio o lugar).

falta" (art. 1956). El espíritu de este precepto no es otro que el de poner en armonía la prescripción puramente civil con las normas sobre prescripción contenidas en el Código penal. No hay unanimidad en la interpretación de este precepto. Para unos autores (Manresa, Santamaría, Reyes Monterreal, Sols, Álvarez Caperochipi), la usucapción no comienza hasta la extinción de las responsabilidades penal y civil; pero otra interpretación más benévola entiende que hasta este último momento sería inoperante la usucapción que hubiera podido producirse antes (así, Morales... Albaladejo... parece inclinarse también a favor de esta solución). No parece aceptable la opinión de Lacruz, sobre la base de una interpretación literal del texto, de que el usurpador sí puede usucapir las fincas de que se ha apoderado, pues no hay razón para que reciba mejor trato que el ladrón. Por otro lado, dicho autor recuerda que el artículo 1956 del Código civil sustituye a otro del Proyecto de 1851 según el cual "el tiempo de la posesión para prescribir las cosas hurtadas o perdidas deberá ser doble"; probablemente, arguye, su significado no es ampliar los plazos legales de prescripción, o retardar el inicio de ésta, sino que se limita a dejarla inoperante en tanto no se haya cumplido los de prescripción extintiva del delito, pena o responsabilidad". CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión...* Op. cit., Págs., 385-386. Con anterioridad a la tipificación de la ocupación pacífica por el Código Penal de 1995, en el artículo 245.2, si podía admitirse la usucapción cuando no hubiera existido violencia o intimidación. Así parece deducirse de las palabras de HUERTA TOCILDO: "No obstante que, como se ha visto, existe una posibilidad de adquirir, en vía civil, un inmueble vacante por ocupación a través de la prescripción extraordinaria, creo que, en sede penal, el empleo de la violencia o intimidación en las personas, medio típico del art. 517 [hoy 245.1 CP 1995], veta tal posibilidad, ya que la posesión del inmueble así adquirida sería, en todo caso, una posesión ilegítima, en cuanto a violenta, no siendo susceptible, por lo tanto de protección... El tema se limita, pues, a la ocupación de inmuebles vacantes llevada a cabo sin violencia o intimidación en las personas". HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* Op. cit., Pág., 81.

- Usurpar. (Del lat. *usurpāre*). 1. tr. Apoderarse de una propiedad o de un derecho que legítimamente pertenece a otro, por lo general con violencia.

De lo expuesto se colige que los bienes inmuebles se ocupan y los derechos se usurpan⁶⁷⁴.

⁶⁷⁴ “A efectos penales por "ocupar" hay que entender lo mismo que usurpar, pues son conductas equivalentes, siendo válidas las acepciones vulgares de estos términos. Según el DRAE, ocupar significa "tomar posesión o apoderarse de una cosa" y usurpar "quitar a alguien lo que es suyo o quedarse con ello, generalmente con violencia". Ambas expresiones equivalen, por tanto, a despojar de tales bienes o derechos al titular, refiriéndose la ocupación a los inmuebles y la usurpación a los derechos reales al no ser posible en estos últimos la ocupación material de los mismos... En definitiva la conducta consistiría en el hecho efectivo de disfrutar del inmueble o derecho real como si fuera su titular y de excluir a su legítimo poseedor”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 202-203. “Por ocupación debe entenderse el ejercicio de los actos materiales propios del contenido del dominio... Por su parte, usurpar es apoderarse de un derecho real inmobiliario de otro, como puede ser un derecho de usufructo, o un simple derecho de uso o habitación, o incluso de vuelo o sobrevuelo; en definitiva, de cualquier derecho real de naturaleza inmobiliaria reconocido por la normativa civil vigente”. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 990. “Ocupar, es tomar posesión, invadir o instalarse en bienes inmuebles, lo que supone la correlativa desposesión del titular legítimo, que se ve privado del ejercicio de su derecho a disfrutar las cosas que le pertenecen. En definitiva: comportarse como si fuera el propietario del inmueble, mediante la desposesión de su legítimo titular. Usurpar, es apoderarse de un derecho legítimo de otro. La particularidad de los derechos reales es que conceden al titular facultades exclusivas sobre una cosa frente a todos, de forma que nadie está legitimado para impedir su ejercicio”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 475. “Ocupar equivale a tomar directamente una cosa, mediante un acto físico. Usurpar equivale a quitar a alguno lo que le pertenece, en este caso un inmueble o un derecho real”. SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial...* *Op. cit.*, Pág., 408. “La ocupación de cosa inmueble o la usurpación de derecho real inmobiliario (como ya hizo el artículo 429 [del Código Penal] de 1848) distingue con esos verbos entre la toma de posesión fáctica de los inmuebles y el desplazamiento en la titularidad de un derecho real sobre aquellos, con lo que se contempla también la propiedad como derecho real por excelencia. No se precisa inscripción registral alguna. En realidad, el significado de los repetidos verbos viene a confundirse en la práctica. El ocupante pretende sustituir al propietario, mientras que el usurpador de un derecho se propone actuar como titular del mismo. Hay sólo una mención especial a la manifestación física de la ocupación”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 216. “La acción de "ocupar" supone la invasión física y con vocación de permanencia del inmueble, la de "usurpar" significa el desplazar al titular despojándole del ejercicio de su derecho real, reemplazándole en él”. MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963. “Las conductas de ocupación o usurpación requieren una desposesión y correlativo acto de dominio sobre el inmueble o sobre el derecho real inmobiliario”. GALLEGU SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 544. “La acción consiste en ocupar (una cosa inmueble) o en usurpar (un derecho real inmobiliario ajeno). Tanto en un caso como en otro se requiere una coetánea desposesión del inmueble o derecho real”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Págs., 395-396. “La usurpación... es el correlato, en el plano jurídico, de la ocupación física, y tiene por

ello la misma significación: así como el ocupador se instala físicamente en la posición del dueño (o poseedor legítimo) del inmueble, para usarlo a su conveniencia, el usurpador sustituye, en el goce de un derecho real inmobiliario... a su legítimo titular”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 344. “Ocupar... usurpar... no son comportamientos muy distintos, aunque la ocupación ha de recaer sobre una cosa inmueble y la usurpación sobre un derecho real inmobiliario, ambos de pertenencia ajena”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 345. “Ocupar, equivalente a tomar posesión material o usurpar, es decir, despojar a otro de un derecho que le pertenece ejerciéndolo en lugar del titular al que se suplanta, un bien inmueble o u derecho real ajeno”. CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 223. “Los términos ocupar y usurpar constituyen dos formas de expresión de la conducta de ejercer “un poder fáctico de señorío sobre un inmueble (o un derecho real) con la intención de incorporarlo al propio patrimonio y comportarse respecto de él a título de dueño””. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 432. “La conducta, también alternativa, consiste en “ocupar” inmueble o en “usurpar” derecho real, es decir, en apropiarse de uno u otro”. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.... *Op. cit.*, Pág., 156. “Ambas expresiones equivalen a despojar de tales bienes o derechos a su titular, refiriéndose la de ocupación a los inmuebles y la de usurpación a los derechos reales, al no ser posibles en estos últimos la ocupación material de los mismos”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Pág., 48. “Las expresiones “ocupar” y “usurpar” que aparecen en el art. 245 CP son sinónimas, y no definen dos tipos distintos de conducta ilícita”. HERRANZ CASTILLO, R.: << Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda >> en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 435, BIB 2000\362. Editorial Aranzadi, S.A. Pág., 6. “El art. 245 la describe [la conducta] con los verbos ocupar (inmuebles) o usurpar (derechos reales), que, según su significado gramatical suponen el quitar a uno lo que es suyo o quedarse con ello, generalmente, con violencia. Esto implica una cierta estabilidad en la conducta: la idea de comportarse de un modo permanente como dueño del inmueble o titular del derecho real, y no sencillamente, de actuar puntualmente contra el mismo”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1675. “Las expresiones ocupar y usurpar tienen el mismo significado y se diferencian exclusivamente por la propia naturaleza del objeto sobre el que inciden. En todo caso se trata de un ejercicio violento de un poder fáctico de señorío sobre un inmueble (o un derecho real) con la intención de incorporarlo al propio patrimonio y comportarse respecto de él a título de dueño”. PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO)... *Op. cit.*, Pág., 202. “Esta definición [de ocupación dada por el DRAE] ofrece sin duda un cierto matiz de violencia por parte del sujeto que procede a la ocupación, por ello, el legislador ha dividido en dos ordinales las conductas descritas bajo la rúbrica genérica de “la usurpación””. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* *Op. cit.*, Pág., 170. “El término “ocupar” se emplea también en el artículo 245.1 del Código penal junto al de “usurpar”, equiparando a efectos de pena las conductas de “ocupar una cosa inmueble” y “usurpar un derecho real inmobiliario”... Ambos términos equivalen a despojar de tales bienes o derechos a su titular, refiriéndose la ocupación a los inmuebles y la usurpación a los derechos reales ya que no es posible en estos últimos la ocupación material de los mismos”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Pág., 21. “En consecuencia, tanto en el caso de ocupar una cosa inmueble, como de usurpar un derecho real inmobiliario, se precisa de apropiación así como de correlativa desposesión... de modo que en virtud de la apropiación se actúa a la manera del propietario, ejercitando facultades de goce y disfrute de tipo dominical, en tanto que la desposesión significa despojo”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 384. “El sector mayoritario de la doctrina consideró que las expresiones “ocupar” y “usurpar” debían ser interpretadas en el sentido vulgar del término, diferenciándose entre ellas

Sostiene ROCA AGAPITO que “una característica que tienen en común las conductas contempladas [en el Capítulo V, del Título XIII, del Libro II del Código Penal]... es que exigen un contacto físico directo con el objeto material, al igual que puede suceder con los bienes muebles en el hurto o en el robo. Lo que pasa es que mientras que respecto de los bienes muebles ese contacto físico se traduce en un desplazamiento material del objeto, en el caso de los inmuebles esto, por definición, resulta imposible, y lo que se produce es más bien un desplazamiento *de facto* del titular del inmueble o del derecho real inmobiliario. Si se nos permite la licencia, en términos vulgares se podría decir que se produce un "quítate tú que me pongo yo". En palabras de QUERALT JIMÉNEZ “ocupar supone que el autor asienta sus reales en un determinado lugar, aquí un inmueble vivienda o edificio”⁶⁷⁵.

La Jurisprudencia *menor* habla de “fuerte relación de simetría con las modalidades del robo y del hurto”⁶⁷⁶.

exclusivamente por la propia naturaleza del objeto sobre el que recaía la acción... Ambas expresiones equivalen a despojar de tales bienes o derechos al titular, refiriéndose la de ocupación a los inmuebles y la de usurpación a los derechos reales al no ser posible en éstos la ocupación material de los mismos. Para estos autores, en ambos casos la acción punible sería la misma y consistiría en el "hecho efectivo de disfrutar del inmueble o derecho real" (Bustos), "la apropiación y coetánea desposesión del inmueble o derecho real" (Muñoz Conde), en comportarse, en definitiva, como si se fuera el propietario del inmueble o titular del derecho real (González Rus)". BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Pág., 127.

⁶⁷⁵ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 199; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., Pág., 446. “Ocupar significa tomar posesión, apoderándose de la cosa. Pero a diferencia del apoderamiento de cosas muebles no se realiza un desplazamiento de la cosa sino que consiste en invadir la finca”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 809. “El artículo 245 guarda una fuerte relación de simetría con las modalidades del robo y del hurto, que giran en torno a la desposesión de cosas muebles. Como en ellos, la acción típica atenta primariamente a la posesión del objeto sobre el que recaen, que, en este caso, ha de ser un inmueble”. DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... Op. cit., Pág., 764. “En cuanto a la conducta de ocupar... significa "hablando de territorios, lugares, edificios, locales, etc., y también de objetos menores, tomar posesión o apoderarse de ellos, invadirlos o instalarse en ellos””. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 503.

⁶⁷⁶ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 18-9-2006, nº 717/2006, rec. 281/2006, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2006/356074): “Relaciones entre el robo y el hurto y la usurpación violenta y pacífica. El párrafo segundo del artículo 245 sigue a la tipificación y castigo de la usurpación violenta, descrita en el primero, que sanciona al que "... con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena...". El artículo

BRAGE CENDÁN compendiando a BAUCCELLS I LLADOS, y este último, entienden la acción de ocupar como sinónimo de usurpar, esto es, no como la simple perturbación en el uso y disfrute del bien, sino como desposesión a alguien de un bien inmueble o de un derecho real que le pertenece a través del apoderamiento físico del bien inmueble sobre el que recae; y asimismo que en el artículo 245, tanto en su apartado primero como en el segundo, se tipifica la acción de desposeer físicamente al propietario (ocupar) o titular de un derecho real (usurpar) de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica⁶⁷⁷.

La idea rectora de la acción típica, descrita como *ocupación*, la hace sinónima del ejercicio de un poder material sobre la cosa usurpada. El apoderamiento material por el ocupante ilícito implica el correlativo desapoderamiento del titular legítimo, cuyo interés legalmente protegido a obtener del inmueble alguna (o la totalidad) de sus posibilidades de utilización se ve, de este modo, lesionado. En resumen, según esta

245 guarda una fuerte relación de simetría con las modalidades del robo y del hurto, que giran en torno a la desposesión de cosas muebles. Como en ellos, la acción típica atenta primariamente a la posesión del objeto sobre el que recaen, que, en este caso, ha de ser un inmueble”. Otras hablan de “hurtar la posesión legítima del sujeto pasivo”, o “hurtar la posesión legítima de su propietario”. Así: Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, A 26-7-2005, nº 466/2005, rec. 418/2005, Pte: Obach Martínez, Jorge (EDJ 2005/303251); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2007/273901); Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, S 27-7-2009, nº 116/2009, rec. 9/2009, Pte: García Castillo, José Tomás (EDJ 2009/172851); Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, S 10-4-2013, nº 69/2013, rec. 21/2013, Pte: García Castillo, José Tomás (EDJ 2013/81890). SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo I.- De los hurtos >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.). Ed. Civitas. Madrid, 1997. Págs., 677-684; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo II.- De los robos >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.). Ed. Civitas. Madrid, 1997. Págs., 684-697.

⁶⁷⁷ BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* Op. cit., Pág., 21; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 128-129. “Para Baucells, uno de los mayores especialistas en el delito de usurpación, el término *ocupar*, recogido en el párrafo segundo del artículo 245 engloba las acciones de *ocupar* y de *usurpar*, de forma que acoge tanto la perturbación en el uso y disfrute del bien como la desposesión a un titular de un bien inmueble o derecho real a través del apoderamiento físico. Ello, porque si se entiende que la usurpación de derechos reales es impune, como algo diferente de la ocupación, sólo se estaría otorgando protección a la simple tenencia o posesión no derivada de un derecho real y se dejaría desprotegida la posesión derivada de la titularidad de un derecho real”. OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... Op. cit., Pág., 62.

posición doctrinal, *ocupar equivale a despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica*⁶⁷⁸.

Un sector de la Jurisprudencia *menor* equipara los conceptos de *ocupar* y *usurpar*, considerándolas expresiones sinónimas y que no definen dos tipos distintos de conducta ilícita; y que la ocupación penalmente perseguida implica desposeer a alguien de bienes y derechos reales que le pertenecen legítimamente, a través del apoderamiento físico del inmueble, desposesión que ha de ser continuada, permanente y estable en el tiempo⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 764; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 21. "La ocupación del inmueble implica desposeer al legítimo titular de su derecho comportándose como propietario del inmueble". SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 417. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 18-9-2006, nº 717/2006, rec. 281/2006, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2006/356074); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969): "La idea rectora de la acción típica, descrita como "ocupación", la hace sinónima de ejercicio de un poder material sobre la cosa usurpada. El apoderamiento material por el ocupante ilícito implica el correlativo desapoderamiento del titular legítimo, cuyo interés legalmente protegido a obtener del inmueble alguna (o la totalidad) de sus posibilidades de utilización se ve, de este modo, lesionado".

⁶⁷⁹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114): "Las expresiones "ocupar" y "usurpar"... son sinónimas y no definen dos tipos distintos de conducta ilícita. En ambos casos, la ocupación penalmente perseguida implica desposeer a alguien de bienes y derechos reales que le pertenecen legítimamente, a través del apoderamiento físico del inmueble. Esta disposición ha de ser continuada, permanente, estable en el tiempo, contando con un elemento subjetivo en este sentido: el de mantenerse en la casa con ánimo de morar en ella". Sin explicitar que sean sinónimos pero remitiéndose a la etimología de usurpar para explicar el concepto de ocupar, se pronuncian otras resoluciones judiciales, *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, A 23-11-2012, nº 1523/2012, rec. 689/2012, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2012/302204): "A tenor del artículo 245.2º del vigente Código Penal "... (el) que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses...". El núcleo semántico del significante verbal usurpar y del sustantivo usurpación remite a la idea de sustitución de una persona en el rol que corresponde legítimamente a otra, y más concretamente, de arrebatarle el uso (*usus rapere*) de algo. La Sentencia 81/2010, de 4 de junio, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Albacete, explica que "... (la) palabra "usurpar" deriva del latín "usurpare", que a su vez es contracción de "usus" y "rāpere", arrebatar, y de ahí que su significación primaria, según el "Diccionario de Uso del Español" de María Moliner (Ed. Gredos, 1990), sea "apoderarse una persona de una finca o propiedad o de un derecho que pertenece a otra", siendo un término sinónimo de arrebatar o despojar. No basta, pues, con el "uso" de un bien ajeno para que pueda entenderse que ha habido usurpación. Es necesario que tal uso implique un "despojo", que se "arrebate" de alguna forma el bien o derecho a su legítimo titular...." La imagen tópica la identifica con la toma de posesión de un bien material inmueble (especular respecto de la sustracción de una cosa mueble) mediante la instalación en él y el ejercicio de todos o alguno de los poderes que integran el contenido de su forma más absoluta de relación con él, la dominical". Estas dos resoluciones judiciales se remiten a la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 1ª, S 4-6-2010, nº 81/2010, rec. 7/2010, Pte: Mateos

Rodríguez, Manuel (EDJ 2010/145453). *Vid.*, Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 29-5-2000, nº 342/2000, rec. 549/1998, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2000/31461); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 3-12-2004, nº 249/2004, rec. 199/2004, Pte: Martínez Ruiz, Társila (EDJ 2004/283436); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 9-3-2012, nº 134/2012, rec. 39/2012, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2012/49618); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066): “La ocupación penalmente perseguida *implica desposeer* a alguien de bienes y derechos reales que le pertenecen legítimamente, a través del apoderamiento físico del inmueble, desposesión que ha de ser *continuada, permanente y estable en el tiempo*”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 29-4-2009, nº 345/2009, rec. 133/2009, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2009/100476); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 15-3-2010, nº 88/2010, rec. 45/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396224); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 19-4-2010, nº 243/2010, rec. 105/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396474); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 7-6-2011, nº 383/2011, rec. 164/2011, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2011/388118); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 27-12-2011, nº 601/2011, rec. 7614/2011, Pte: Sánchez García, Mª Dolores (EDJ 2011/339823); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 25-4-2013, nº 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2013/294826); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 15-7-2013, nº 341/2013, rec. 116/2013, Pte: Muñoz Quintana, Mª Teresa (EDJ 2013/151470): “De ahí que gran parte de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales hayan interpretado el verbo ocupar contenido en este tipo penal referido a *la instalación en inmueble ajeno, con cierto aire de continuidad y permanencia*, es decir, no con carácter esporádico y pasajero”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-4-2002, nº 260/2002, rec. 126/2002, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2002/25849); Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 28-10-2004, nº 565/2004, rec. 47/2004, Pte: Rodríguez Cano, Eduardo (EDJ 2004/244937); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 27-1-2014, nº 63/2014, rec. 252/2013, Pte: Jiménez Jiménez, Mª Magdalena (EDJ 2014/10169); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-7-2014, rec. 100/2014, Pte: Jiménez Jiménez, Mª Magdalena (EDJ 2014/152429): “Partiendo pues de la existencia de una posesión mediata o inmediata sobre el inmueble, vivienda o edificio, (que no constituyan morada), por parte del sujeto pasivo del delito (propietario o persona con título bastante para ocuparlos), la conducta delictiva consiste en su *ocupación, pacífica y permanente* de aquellos, sin la oportuna autorización”. Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 7-7-2005, nº 374/2005, rec. 121/2005, Pte: Ramos Almenara, Pedro (EDJ 2005/308442); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 9-5-2008, nº 271/2008, rec. 47/2008, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2008/112590); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, S 30-10-2008, nº 529/2008, rec. 2112/2008, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2008/281466); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 29-5-2012, nº 303/2012, rec. 96/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco (EDJ 2012/215038); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 26-10-2012, nº 542/2012, rec. 232/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco (EDJ 2012/345441): “El hecho punible ha de consistir en un apoderamiento físico del inmueble, que ocasione una *desposesión continuada, permanente y estable en el tiempo* del titular”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 6-11-2012, nº 452/2012, rec. 878/2012, Pte: Ruiz Romero, José Luis (EDJ 2012/277039): “La conducta supone que, quien no es propietario, ocupa un bien inmueble (artículo 334 núms. 1-9 del Código Civil) o usurpa un derecho real inmobiliario (artículo 334 núm. 10 del Código Civil), *comportándose de modo permanente como dueño*, con intención de procurarse una utilidad o derecho económico y que efectivamente le haya reportado tal utilidad sea estimable o no”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 20-11-2006, nº 486/2006, rec. 14/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/422062); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 3-3-2010, nº 16/2010, rec. 127/2009, Pte: Vicente de Gregorio, Marta (EDJ 2010/48181): “No toda ocupación constituye delito de usurpación sino que para que exista tal figura se requiere una *vocación de permanencia* es decir *el verbo*”

a) *Diferentes posturas doctrinales*➤ *Carácter permanente*

Este delito de ocupación pacífica, al igual que los delitos de allanamiento de morada o de detenciones ilegales, se configura como un delito permanente ya que no se concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsista el estado antijurídico creado por el mismo.

La situación de antijuridicidad se prolonga, pues, en el tiempo hasta que se produzca el desalojo⁶⁸⁰.

ocupar contenido en este tipo penal viene referido a la instalación en inmueble ajeno, con cierto aire de continuidad y permanencia, es decir, no con carácter esporádico y pasajero.

⁶⁸⁰ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 407. “Es un delito permanente, cuya consumación se produce en el momento en que se ocupa el edificio o se continúa en el mismo, desconociendo la voluntad contraria del dueño”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476. “La modalidad usurpatoria ahora examinada se da por consumada tanto cuando se ocupa inicialmente la vivienda o el edificio sin el consentimiento de su titular, como cuando se haya contado con éste para entrar, pero se permanezca en su interior una vez que la voluntad contraria del mismo haya quedado clara... Con ello se está poniendo de manifiesto que se trata de un delito de carácter permanente, porque la afección al bien jurídico patrimonio ajeno se prolonga en el tiempo desde el acto inicial de la ocupación, hasta que se produzca el desalojo”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Págs., 347-348. “Caben dos modalidades de la acción típica en relación con el inmueble, vivienda o edificio, constituyendo ambas delitos permanentes”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 394. PÉREZ MANZANO, en relación a la ocupación violenta (y aplicable a la pacífica) sostiene que “estamos ante un delito de efectos permanentes, por lo que no coinciden consumación y agotamiento”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 432. “La consumación en el delito del art. 245.2 se generará cuando se ocupe o se mantenga el sujeto en el inmueble ajeno contra la voluntad del titular manifestada expresa o tácitamente”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317. “No ha de olvidarse, por lo demás, que las acciones típicas (ocupar, mantenerse) hacen posible hablar, con relación a estas figuras delictivas, de delitos permanentes o de tracto sucesivo”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Págs., 164. “Estamos ante un delito de tracto sucesivo que se consuma en el mismo momento en que se produce y cuyos efectos perduran a lo largo del tiempo”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* *Op. cit.*, Pág., 2. “Tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes y de estado, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un estado antijurídico de cierta duración (delitos permanentes y de estado) o no (delitos instantáneos)... El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 163 CP); dicho

La Jurisprudencia *menor* lo califica de “delito permanente” o “delito de efectos permanentes”, considerando que “la acción típica se prolonga en el tiempo tanto como dura la situación antijurídica que mantiene la voluntad del autor”⁶⁸¹.

mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que *se sigue consumando* hasta que se abandona la situación antijurídica... Por lo que se refiere a la prescripción, sólo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 234. “En los delitos permanentes la acción se prolonga a lo largo del tiempo, aumentando progresivamente su desvalor, ya que provoca una lesión o peligro creciente... Pueden distinguirse de los instantáneos en que dejan secuelas permanentes porque... cabe una participación adhesiva en cualquier momento del lapso temporal del delito... En los instantáneos el delito está terminado, aunque perviven sus efectos negativos; en los permanentes el delito sigue vivo a lo largo de su consumación”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág. 132. “En los delitos permanentes se crea con la consumación una situación antijurídica duradera (de lesión o peligro para el bien jurídico) que se mantiene o puede cesar por la conducta del autor, como en las detenciones ilegales, el allanamiento de morada activo o pasivo o la tenencia de armas y explosivos (arts. 563 ss.)... En los delitos permanentes, por sus características, cabe participación o coautoría después de la consumación mientras se mantenga la situación antijurídica, y hasta que cesa la situación antijurídica no comienza a contar el plazo de la prescripción del delito, ya que de lo contrario podría darse el absurdo de que éste prescribiera sin haber cesado los autores en su actuación antijurídica”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 170-171. “La ofensa [al bien jurídico] se prorroga por cierto tiempo, en tanto el agente no decide cesar en la presión del bien jurídico... La permanencia implica bienes jurídicos indestructibles, que una vez cesa la lesión, recuperan su estado anterior”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 281. En términos similares, Vid., BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 263; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 120; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 162-163; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Pág., 120; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 443; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 421.

⁶⁸¹ Vid., Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 3-9-1998, nº 87/1998, rec. 87/1998, Pte: Jover Carrión, María (EDJ 1998/21534): “La conducta típica “ocupar” puede consistir tanto en penetrar en el inmueble en cuestión (sin autorización debida) o en mantenerse (contra la voluntad de su titular), ya que estamos ante un *delito permanente*, cuya consumación se produce en el momento en que se ocupa el edificio o se continúa en el mismo”. Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-7-2000, nº 150/2000, rec. 114/2000, Pte: Calderón Susín, Eduardo (EDJ 2000/37439): “Hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 no era pues delictiva la mera ocupación de inmuebles; sí después, siendo el delito aquí considerado de los llamados de *efectos permanentes*, por lo que se está cometiendo mientras dura la ocupación del inmueble, de suerte que, si la ocupación continuó tras entrar en vigor dicho Texto Legal, ha de entenderse cometida la infracción”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 13-7-2005, nº 847/2005, rec. 51/2005, Pte: Mir Puig, Carlos (EDJ 2005/309175): “Manteniéndose en dicha ocupación hasta que fueron desalojados del mismo... es claro que dicho delito no ha prescrito, pues el *delito es permanente* y como establece el art. 132.1 CP el término legal de prescripción se contará “desde que se eliminó la situación ilícita”. Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 13-3-2006, nº 88/2006, rec. 1015/2006, Pte: Maeso Ventureira, Augusto (EDJ 2006/60173): “Hechos que podrían ser constitutivos de un *delito permanente* de usurpación de inmuebles”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 28-9-2006, nº 344/2006, rec. 197/2006, Pte: Barreiro Avellaneda, Mª de los Ángeles (EDJ 2006/360853): “La permanencia dilatada armoniza con la *naturaleza de la infracción como permanente*”. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 6ª, S 10-5-2012, nº 75/2012, rec. 10/2012, Pte: González González, José Luis (EDJ 2012/245286): “En lo concerniente a la vulneración del principio de irretroactividad de la ley penal garantizado en el artículo 25 de la Constitución, y que los recurrentes objetaban bajo la base de venir poseyendo la finca antes de la entrada en vigor del actual Código Penal de

Aunque la generalidad de la doctrina califica este delito como permanente, QUINTERO OLIVARES, considera que este delito por su propia naturaleza “normalmente será permanente”, de lo que se infiere que aunque habitualmente lo sea, no es requisito necesario, y que podrá no serlo. Excepcionalmente la Jurisprudencia *menor* ha llegado a calificarlo de delito instantáneo⁶⁸².

1.995 y no estar contemplado en el anterior texto punitivo de 1.973 un precepto similar al vigente artículo 245.2 por el que resultaron condenados, diremos que, a pesar que se corresponde con la realidad que el anterior texto punitivo sólo castigaba el conocido como allanamiento de morada o la entrada en un inmueble no constitutivo de morada que se hiciese con violencia e intimidación y no el delito de usurpación tal como se concibe hoy en día, dicha infracción no se aprecia porque al hallarnos ante un *delito de los denominados permanentes*, puesto que su consumación se produce tanto en el momento en que se ocupa el bien sin la autorización debida como cuando continúa en él contra la voluntad de su titular, *la acción típica se prolonga en el tiempo tanto como dura la situación antijurídica que mantiene la voluntad del autor*. Situación antijurídica que en el caso de autos, a tenor del relato de hechos probados, se prolongó con posterioridad a la entrada en vigor del actual Código Penal y, en consecuencia, vigente el tipo por el que fueron condenados (art. 245.2), de ahí que no veamos inconveniente alguno para que el citado precepto les sea aplicable. Criterio el acabado de referir que es el seguido por nuestro Tribunal Supremo en los casos en los que el delito engloba una serie de acciones perpetradas a lo largo de la vigencia de dos regulaciones legales distintas, al entender que en los llamados delitos permanentes que se están cometiendo o perpetrando a lo largo de toda la dinámica permisiva "si durante este período de infracción sostenido del ordenamiento penal y antes del cese de los efectos antijurídicos de la infracción entra en vigor una norma penal más rigurosa, esta sería aplicable a esa porfiada conducta, sin que ello suponga retroactividad alguna *"ad malam partem"* (por todas STS 21-12-1996)". Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 20-6-2014, nº 189/2014, rec. 408/2013, Pte: Molina Romero, Lourdes (EDJ 2014/196266): "Se trata de un *delito permanente* de mera actividad, por lo que los efectos antijurídicos creados se mantienen hasta que se produzca el desalojo".

⁶⁸² En relación a la usurpación propia (y aplicable a la impropia), dice QUINTERO OLIVARES: "Por su propia naturaleza, se trata de un delito que normalmente será permanente. Eso se plasma en dos consecuencias: la prolongación del estadio consumativo tanto tiempo como dure la usurpación y que la incorporación de otras personas a la misma deberá ser tratada como coejecución o complicidad". QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 74. *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 1-9-2010, nº 743/2010, rec. 137/2010, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2010/227229): "Es cierto que castigada la ocupación por la primera de las modalidades previstas en el apartado 2 del artículo 245 del Código penal, ya no procede sancionar la segunda modalidad, ya que esta primera modalidad se configura como un *delito instantáneo* y a partir de su consumación el mantenimiento o permanencia en el referido bien pertenece a la fase de agotamiento de la infracción penal". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 16-1-2003, rec. 217/2001, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2003/42349): "Si analizamos el apartado 2º del artículo 245 del Código Penal de 1995 llegaremos a la conclusión que existen dos modalidades de comisión de la infracción penal, la primera la de ocupar sin autorización y la segunda la de mantenerse contra la voluntad de su dueño. La primera modalidad entendemos se configura como un *delito instantáneo*, en contraposición al delito permanente, que se consuma con la introducción en el bien inmobiliario (a los efectos que nos ocupa), que no constituya morada, con voluntad de permanencia, quedando impune cualquier entrada que tenga una finalidad distinta, por parte del autor del hecho, como sería la ocasional o episódica. Una vez consumada la permanencia o mantenimiento en el referido bien, el goce y disfrute del mismo pertenecería a la fase de agotamiento de la infracción penal que no comportaría la comisión de nueva infracción penal alguna, ello no sólo debe ser así porque si se entendiera que ocupar, a efectos penales, es acción permanente no sería necesaria la configuración de una segunda modalidad comisiva a la que a continuación nos referiremos".

➤ *Necesariamente permanente*

Un sector de la doctrina concibe este delito como permanente atendiendo a que en la usurpación el sujeto activo pretende que la situación tenga una cierta continuidad, pues aspira a subrogarse en la situación del titular, no por un instante, sino por un período de tiempo más o menos prolongado.

ROCA AGAPITO lo califica de “delito necesariamente permanente”, por contraposición a los “eventualmente permanentes” como las detenciones ilegales o el allanamiento de morada en los que, según el referido autor, el bien jurídico resulta lesionado aunque el sujeto pretenda simplemente una duración momentánea de la conducta lesiva⁶⁸³.

⁶⁸³ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 202. “Dentro de los delitos permanentes algunos autores subdistinguen entre “delitos de permanencia absoluta” (o “necesariamente permanentes”), en los que la característica de prolongación de la ofensa se encuentra incorporada al tipo (tal ocurre en el del art. 481.2º CP: detenciones ilegales por más de 15 días [art. 163.3 CP 1995]), y delitos de “permanencia relativa” (o “eventualmente permanentes”), en los que si bien puede darse la citada prolongación de la ofensa, la misma no se halla incorporada como elemento inexorable al tipo”. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* *Op. cit.*, Pág., 162. “Delitos permanentes son aquellos en que a consecuencia de la actividad del sujeto se crea un estado antijurídico cuya cesación depende de su voluntad. Cuando esta característica se halla incorporada al tipo se habla de delitos absolutamente permanentes o de *permanencia absoluta*, como ocurre en las detenciones ilegales por más de quince días... Cuando no se halla incorporada al tipo... la permanencia es *relativa*”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 421. “La ocupación del bien. Para ser típicamente relevante, tal acción debe integrar un comportamiento duradero en el tiempo; en efecto, ocupar supone que el autor asienta sus reales en un determinado lugar, aquí un inmueble, vivienda o edificio... Igualmente, mantenerse en la posesión del bien tras haber manifestado el titular del derecho real su voluntad [contraria], supone cierta permanencia en el tiempo”. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* *Op. cit.*, Pág., 446. “La alternativa de las conductas tipificadas y el carácter permanente de ambas”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223. “La opinión común entiende que las dos modalidades de usurpación pacíficas son delitos permanentes”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913. “Otra cosa es que en todo caso la ocupación encierre la idea de una cierta duración. El requisito de una cierta permanencia parece obligado”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 911. “La primera modalidad de “ocupación sin autorización” requiere de una duración temporal de suficiente entidad, no meramente simbólica, y una voluntad real del sujeto de mantener *sine die* la situación así producida... La pretensión de permanencia se constituye así en una de las características del tipo penal”. LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles...* Págs., 2-4. “Generalmente, esos sujetos suelen pertenecer a colectivos que llevan a cabo tal ocupación ilegal de forma permanente, con vocación de continuidad de mantenerse en el edificio, local o vivienda, máxime cuando su entrada en los inmuebles se produce mediante el uso de la fuerza y tras el cambio de la propia cerradura de la puerta de acceso al edificio... En estos supuestos, se está, repárese en ello, ante un delito permanente, de modo que permitir

el mantenimiento de una situación mediante la cual alguien permanezca en un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituyesen morada contra la voluntad de su titular, supondría tolerar una conducta a través de la cual se estaría cumpliendo la vertiente típica del delito de usurpación previsto y penado en el art. 245.2 CP, algo que, más allá de la protección a dispensar al perjudicado, debe ser lógicamente impedido por los jueces y tribunales, no pudiendo dejar de resaltarse, siquiera lo sea en orden a reforzar el criterio del Tribunal, que en el art. 492 LECrim., se contempla la obligación de la Autoridad o agente de la policía judicial de detener al delincuente "in fraganti". MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos "ocupas" >>... *Op. cit.*, Pág., 11. "Al igual que en el caso del art. 245.1 CP, debe exigirse una cierta permanencia de la ocupación para estimarla típica". HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 293. "Asimismo, es necesario que la ocupación se prolongue algún tiempo, de forma continuada, y suponga que la persona que la lleva a cabo toma posesión, se instala en el inmueble de que se trate, sea cual sea el destino a que lo aplique (vivienda, estudio, taller, etc.)". ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATALLÍN EVANGELIO, A., Y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 163. Idénticas palabras leemos en: ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*... *Op. cit.*, Pág., 565. "La ocupación es una acción distinta de la mera entrada, siendo inherente una cierta permanencia en el lugar ocupado". PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 434. "En ambos casos [ocupar y usurpar], la ocupación penalmente perseguida implica desposeer a alguien de sus bienes y derechos reales que le pertenecen legítimamente, a través de un apoderamiento físico del inmueble. Esta posesión ha de ser continuada, permanente y estable en el tiempo, contando con un elemento subjetivo en este sentido: el de "mantenerse" en la casa con ánimo de morar en ella". HERRANZ CASTILLO, R.: << Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda >> en *Actualidad Jurídica Aranzadi*... *Op. cit.*, Pág., 6. "Respecto de la acción de ocupar se han efectuado variadas descripciones, en general atendiendo al significado usual de la expresión... de la que se puede extraer en común una exigencia mínima: la de que es necesario, para que la conducta sea típicamente relevante, la toma de posesión y una cierta permanencia en el disfrute del inmueble, y con ello excluir... la entrada y salida de inmuebles, o la entrada en un inmueble con otro propósito distinto al de permanecer en él, o las perturbaciones transitorias". BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 16. "Basta pues la mera ocupación, con uso y disfrute del inmueble para configurar el tipo penal, que eso sí, parece requerir, como el del párrafo primero una cierta duración y permanencia en la conducta". MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679. "El comportamiento requiere, en ambos casos [ocupar y usurpar], una cierta permanencia; pero no es necesario el propósito de acceder definitivamente al dominio o titularidad del derecho". VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1205. "La acción de ocupar... debe ser entendida desde criterios de una cierta continuidad o permanencia... Tanto la modalidad de "ocupar" como la de "mantenerse", sin buscar nada más que el uso o usufructo del inmueble, parecen encarnar formas delictivas cuya tipicidad requiere que los correspondientes comportamientos se proyecten con alguna continuidad en el tiempo. El mismo verbo ocupar va más allá, a este respecto, que la mera acción de irrumpir o simple entrar o penetrar. Naturalmente, si el agente pretendiera la suplantación en el derecho de propiedad en cuanto tal (dominio y facultades derivadas de éste) bastaría con la ocupación material acompañada, ya en los primeros instantes, de la posibilidad de disposición fáctica. Ello sería suficiente para que dicho derecho resultara plenamente lesionado". HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales*... *Op. cit.*, Págs., 160-161. "En el primer supuesto [ocupar sin autorización] como se deduce de su simple lectura, no existe en ningún momento la autorización de su titular, y por ello parece deducirse una continuidad de la ocupación en el tiempo". MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*... *Op. cit.*, Págs., 170-171. "Es inherente a la acción de "ocupar"... la idea de permanencia en cuanto que exigencia típica, puesto que si "ocupar" equivale a despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el inmueble para subrogarse en su posición jurídica, dicha acción debe poseer una cierta permanencia". BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 21. "Se trata de un delito permanente de mera actividad, por lo que los efectos antijurídicos creados se mantienen

Para aquel sector doctrinal que entiende por ocupar despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica, esta acción debe gozar de una cierta permanencia. Se caracteriza, pues, la acción por la necesaria toma de posesión del inmueble y por una cierta continuidad o permanencia en su disfrute; excluyendo, por tanto, las perturbaciones transitorias, y las entradas con propósitos distintos a la permanencia. No es necesaria la intención de acceder al dominio; si bien, el carácter permanente de la acción permite diferenciar la conducta de ocupar de los delitos de usurpación, de la de entrar de los delitos de allanamiento de morada.

Como ya expusimos en los antecedentes histórico-legislativos (y dejando al margen el Código Penal de 1848, reforma de 1850⁶⁸⁴, y Código de la Dictadura de Primo de Rivera), es en el artículo 241 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 donde se encuentra el antecedente inmediato del artículo 245.2 del vigente Código Penal. La conducta típica en dicho Anteproyecto consistía en *penetrar u ocupar, o mantenerse* en vivienda, habitáculo, o edificio ajenos sin la debida autorización. En los sucesivos trabajos legislativos, y hasta la redacción actual, se prescinde (en relación con el Anteproyecto de 1983), del verbo penetrar y del sustantivo habitáculo; lo que parece apuntar, según MANZANARES SAMANIEGO, a la exigencia de un cierto comportamiento temporal en la acción y, al deseo de eliminar un sustantivo innecesario⁶⁸⁵.

hasta que se produzca el desalojo... El requisito de una cierta permanencia en la ocupación es una condición admitida generalmente por la doctrina y la jurisprudencia: "(la ocupación) se hace con vocación de permanencia y, con ello, desposeer al titular (del inmueble) de modo continuo y estable". SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 416-418. "La acción de ocupar debe caracterizarse esencialmente por el elemento de permanencia, que la distingue de la acción de "entrar" en los delitos de allanamiento de morada". OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... *Op. cit.*, Pág., 62. "Es precisamente este carácter permanente de la acción el que permitiría diferenciar, ya en el ámbito objetivo del tipo penal, la acción de "ocupar" de los delitos de usurpación (art. 245.1 y 245.2 CP) de la acción de "entrar" de los delitos de allanamiento de morada (art. 202 y 203 CP)". BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* *Op. cit.*, Pág., 129.

⁶⁸⁴ También, pese a que no tuvo una vigencia territorial en toda España, el *Código Penal de Carlos VII*.

⁶⁸⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >>... *Op. cit.*, Págs., 219-220; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 907. Dispone el artículo 241 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983: "El que penetrare u ocupare, sin la autorización debida, vivienda, habitáculo, o edificio ajenos, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de arresto de seis a

Los defensores de esta tesis se apoyan, pues, en un mero argumento histórico-lingüístico, al haberse suprimido el verbo “penetrar” recogido en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, sin profundizar en el verdadero concepto de ocupar, para razonar la necesidad de permanencia.

La Jurisprudencia *menor* en diversas resoluciones judiciales exige una “permanencia”, “cierta permanencia”, “mínima permanencia temporal”, o “duración temporal de suficiente entidad”, para poder considerar típica la conducta⁶⁸⁶.

doce fines de semana y multa de tres a seis meses”. “Es en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, donde por primera vez se introduce esta nueva figura de ocupación de inmuebles, aunque con una redacción parcialmente distinta y en algunos aspectos más amplia que la que finalmente se concretó en el Código Penal de 1995, pues se castiga no sólo a quien ocupe, sino también a quien *penetre* en una vivienda, etc.”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 3. “La conducta típica consiste en “penetrar” u “ocupar”. Por la primera expresión habrá que entender introducirse en vivienda, habitáculo o edificio ajeno con carácter transitorio, pues si la intención del agente es la de establecerse allí de modo permanente estamos ante una conducta de “ocupación”... La entrada en dichos lugares ha de serlo “sin la autorización debida”, que obviamente corresponderá otorgarla al propietario de los mismos o al titular de un derecho de disfrute sobre ellos, autorización que podrá ser expresa o tácita, según las particulares circunstancias de cada caso concreto”. SALOM ESCRIVA, J.S.: << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >>... *Op. cit.*, Págs., 79-80. “Que la intención de permanencia en la ocupación o mantenimiento responde a la *mens legis* del precepto resulta también corroborado por el hecho de que la redacción del artículo 245.2 elimina el verbo penetrar en el enunciado de las conductas típicas, cuando, con anterioridad, la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, en su artículo 241, incluía dicho verbo, cuya acción implica una introducción de carácter transitorio”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*... *Op. cit.*, Pág., 395.

⁶⁸⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-1-2000, rec. 181/1999, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2000/3635); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, S 9-10-2000, nº 76/2000, rec. 183/2000, Pte: Villamor Montoro, Pedro Roque (EDJ 2000/49025): “Cierto es que el comportamiento en cuestión *requiere cierta permanencia* pero no resulta necesario el propósito de acceder definitivamente al dominio o titularidad del derecho”. Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563): “El principio de legalidad exige la aplicación ineludible del precepto en aquellos casos en los que se produzca la ocupación de un inmueble con la evidente intención de ejercer derechos posesorios sobre el mismo con una *cierta permanencia*, aun cuando no es necesario el propósito de acceder definitivamente al dominio o titularidad del derecho”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 12-7-2000, nº 254/2000, rec. 8/2000, Pte: López Millán, Antonio Eloy (EDJ 2000/47913); Audiencia Provincial de Zaragoza, S 16-6-2000, nº 207/2000, rec. 280/1999, Pte: López Millán, Antonio Eloy (EDJ 2000/26746): “Los requisitos de *permanencia en la habitabilidad antijurídica de finca ajena*, y requerimiento formal previo de abandono por parte del titular del bien dominical, elementos objetivos del tipo que si bien no constan literalmente expresados en la norma legal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la reciente LO 10/1995, han sido puestos de manifiesto reiteradamente por la jurisprudencia sobre la materia”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 1-9-2000, nº 394/2000, rec. 218/2000, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José (EDJ 2000/65364): “La usurpación de inmuebles requiera una *mínima permanencia temporal en la ocupación*”. Audiencia Provincial de Cuenca, S 11-12-2000, nº 96/2000, rec. 80/2000, Pte: López Calderón Barreda, Luis (EDJ 2000/64374); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 13-6-2013, nº 610/2013, rec. 150/2013, Pte: Rodríguez Santamaría, Ana (EDJ 2013/204112); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 17-9-2014, nº 766/2014, rec. 198/2014, Pte: Martínez Zapater, Luis Fernando (EDJ 2014/218385): “El requisito de una *cierta permanencia* en la

ocupación parece obligado, para excluir del tipo las simples perturbaciones posesorias con escaso contenido antijurídico”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-3-2001, rec. 46/2001, Pte: González Fernández, Javier (EDJ 2001/8637); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro (EDJ 2003/149138); Audiencia Provincial de Almería, sec. 2ª, S 27-1-2012, nº 34/2012, rec. 136/2011, Pte: Ruiz-Rico y Ruiz-Morón, Juan (EDJ 2012/349888); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 11-6-2014, nº 355/2014, rec. 6903/2013, Pte: Echavarri García, Mª Auxiliadora (EDJ 2014/137318): “Una conducta consistente en la *ocupación pacífica y permanente* de un inmueble, vivienda o edificio, siempre que no sea morada, pues entonces se estaría ante un posible delito de allanamiento de morada”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 22-5-2002, rec. 201/2002, Pte: Fernández Palma, Mª Rosa (EDJ 2002/35123); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 3-10-2014, nº 562/2014, rec. 1448/2014, Pte: Abad Arroyo, Pilar (EDJ 2014/208531): “La vulneración de la posesión que debe concurrir para la aplicación de la presente figura delictiva debe conllevar una afectación relevante del bien jurídico, cuya exteriorización exige una *cierta permanencia en la ocupación* que pueda traducirse en desposesión para el titular del derecho, o dicho de otro modo, en una vulneración efectiva de las facultades de uso y disfrute”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215): “El verbo nuclear del tipo penal “ocupar”, supone no solo la realización de actos concluyentes de entrada en local o de apoyo a sus habitantes, sino una *cierta permanencia y continuidad* con el fin de hurtar la posesión legítima del propietario para hacerse con ella en su perjuicio”. Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 3ª, S 21-11-2003, nº 112/2003, rec. 30/2003, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2003/179080); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 17-5-2013, nº 138/2013, rec. 1025/2013, Pte: Hoyos Moreno, Jorge Juan (EDJ 2013/312578): “La conducta delictiva consiste en su ocupación, *pacífica y permanente* de aquéllos [inmuebles, viviendas o edificios], sin la oportuna autorización”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652): “El que el Legislador haya distinguido entre estas dos modalidades comisivas es suficientemente significativo de que la primera modalidad de “ocupación sin autorización” requiere de una *duración temporal de suficiente entidad*, no meramente simbólica, y una voluntad real del sujeto de mantener *sine die* la situación así producida”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 1-9-2005, nº 743/2005, rec. 61/2005, Pte: Balibrea Pérez, Mª Dolores (EDJ 2005/252287): “Ocupar es definido por el Diccionario de la Lengua Española como tomar posesión, apoderarse de una cosa, habitar una casa. El Código Civil regula la ocupación como uno de los modos de adquirir la propiedad. Conceptos todos que conducen a la idea de que ocupar exige una *cierta permanencia* y un ánimo de tenencia de la cosa con carácter excluyente, con las facultades de disfrute de la cosa propias del dueño”. Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 5-11-2010, nº 703/2010, rec. 317/2009, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2010/348989): “Debe darse una *cierta permanencia* en la ocupación como condición del tipo”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 15-1-2007, rec. 248/2006, Pte: Llarena Conde, Pablo (EDJ 2007/68441): “Debe destacarse, sin embargo, que esta ocupación tendencial a la permanencia personal y estable en el inmueble, no se satisface exclusivamente con un uso residencial, sino que puede alcanzarse mediante *estancias repetidas, cotidianas, permanentes y excluyentes* en el inmueble, aun cuando tengan una finalidad distinta de la habitacional”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 26-10-2010, nº 849/2010, rec. 207/2010, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2010/328738); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 6-3-2012, nº 245/2012, rec. 227/2011, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2012/68217); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 22-3-2012, nº 316/2012, rec. 29/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/68246); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 14-12-2012, nº 413/2012, rec. 135/2012, Pte: Segura Sancho, Francisco (EDJ 2012/329255); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 13-1-2014, nº 8/2014, rec. 621/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos (EDJ 2014/26747); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 8-10-2008, nº 56/2008, rec. 29/2008, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración (EDJ 2008/312899); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compairé Plo, Mª del Carmen (EDJ 2010/96709); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 14-5-2012, nº 146/2012, rec. 66/2012, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2012/267394): “El delito de usurpación no violenta de inmuebles, definido en el art. 245.2 del Código penal, requiere para su comisión los siguientes elementos... la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajeno o el mantenimiento en el mismo con *cierto carácter permanente*”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “El requisito de una *cierta permanencia* en la ocupación es una condición admitida

➤ *Voluntad de permanencia*

En cierta medida, parece equipararse el hecho de que la situación de antijuridicidad se prolongue en el tiempo (verdadero significado de delito permanente) con el hecho de que el sujeto tenga una intención o vocación de permanencia. Afirma MAGRO SERVET que se entienda que la usurpación es una figura genérica de apoderamiento que comprende la propia (apartado 1) y la impropia (apartado 2), no constituirían usurpación las ocupaciones que no tuvieran como finalidad hacerse con el dominio del inmueble, cuando en realidad estamos hablando de un elemento subjetivo que se deduce de los hechos cometidos, siendo evidente que la continuidad en la vivienda determina que se admita que la intención no puede ser otra que la de mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su dueño⁶⁸⁷.

generalmente por la doctrina y la jurisprudencia: "(la ocupación) se hace con vocación de permanencia y, con ello, desposeer al titular (del inmueble) de modo continuo y estable" (SAP de Sevilla 6.9.2001); una ocupación pacífica y permanente de un inmueble, edificio o vivienda" (SAP Sevilla 20.3.2001); "...el Tribunal sostiene que el tipo penal requiere de una voluntad de permanencia y continuidad en las conductas reguladas, excluyéndose los casos en que la entrada en el inmueble tiene un carácter esporádico y pasajero" (SAP Málaga 9.10.2000)". Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, S 15-4-2005, nº 185/2005, rec. 1762/2005, Pte: Paúl Velasco, José Manuel de (EDJ 2005/323372): "El tipo objetivo del delito del artículo 245.2 tanto *se integra por la ocupación en sentido estricto como por la permanencia* en el inmueble contra la voluntad de su titular". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-4-2005, nº 286/2005, rec. 171/2005, Pte: Hidalgo Abia, Miguel (EDJ 2005/193883): "Dándose los elementos constitutivos de tal tipo, que son los siguientes: 1º) La ocupación de una vivienda que no constituye morada y su permanencia en la misma. 2º) Falta de autorización de los titulares de dicha vivienda para su ocupación y su permanencia en la misma pese a exteriorizar los mismos su oposición. 3º) El elemento intencional constituido por la conciencia de que se accede a una vivienda careciendo de la correspondiente autorización y que se permanece en ella pese haber sido denunciados". Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-10-2008, nº 488/2008, rec. 2851/2008, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis (EDJ 2008/289196): "Concurren en la conducta de los recurrentes los distintos elementos del referido tipo penal, a saber: 1.- La *ocupación del inmueble y permanencia en él* pese a la oposición de su titular; 2.- La falta de autorización del titular del mismo para la citada ocupación; y, 3.- Así como el elemento intencional, doloso del tipo, la conciencia de que se accede a un inmueble careciendo de la correspondiente autorización". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 20-12-2012, nº 1054/2012, rec. 301/2012, Pte: Ingelmo Fernández, Ana (EDJ 2012/358137): "La concurrencia del delito requiere que la ocupación tenga *cierta permanencia*, que sea continuada en el tiempo". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 18-2-2013, nº 135/2013, rec. 472/2012, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del (EDJ 2013/37430); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 30-5-2013, nº 144/2013, rec. 203/2013, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2013/107785): "Se consuma con la entrada en el inmueble sin autorización y *cierta permanencia* en el mismo".

⁶⁸⁷ MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario...* Op. cit., Pág., 89. "Ni es imprescindible un ánimo de apoderamiento definitivo". MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... Op. cit., Pág., 1679. "El elemento subjetivo del injusto, que no viene descrito claramente en el tipo... [pero] que se exige en el sujeto activo un ánimo de detentar el inmueble, la vivienda o edificio habitualmente, lo cual se plasmará en el hecho de morar en alguno de ellos". MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en

CEF Legal.- *Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* Op. cit., Pág., 172. “Elemento subjetivo del tipo. Según la doctrina, el que realiza la ocupación ha de tener la intención de hacerlo de modo permanente aunque luego dure sólo por un tiempo. No basta que la ocupación se intente desde el principio de modo temporal”. LANDECHO VELASCO, C.Mª., Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial...* Op. cit., Pág., 201. “La ocupación (como la usurpación, con los oportunos matices) debe tener una cierta continuidad, al menos en el ánimo del agente”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 217: “Respecto a la consumación del delito, nos encontramos con que se trata de un delito de tracto sucesivo que se consumará desde el momento en que se lleve a cabo la ocupación o el mantenimiento contra la voluntad de su titular, no teniendo trascendencia penal el tiempo posterior en que se mantuviese dicha situación, salvo para probar la decidida voluntad del autor o autores de permanecer en dicho inmueble como si fueran propietarios o poseedores legítimos del mismo. Así, el elemento del animus planteará problemas, como veremos más adelante, ya que habrá que demostrar por parte del sujeto pasivo que la ocupación se lleva a cabo con voluntad de permanencia y no se trata de una estancia meramente pasajera”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* Op. cit., Págs., 10-11. “El tipo penal utiliza el término “ocupar” que conlleva un concepto de permanencia en el interior del inmueble, es decir, se penetra en la vivienda para permanecer en ella durante un tiempo, por tanto, habitarla. Debe atenderse no al tiempo que ha permanecido la persona en el inmueble sino a su voluntad o deseo de permanencia en el mismo”. DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... Op. cit., Pág., 774. “De la fórmula típica se pueden extraer como elementos necesarios para la comisión del delito de usurpación de inmuebles, en su modalidad no violenta: 1ª) el requisito de la ajenidad comprende la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio que no constituya morada de ninguna persona realizada con cierta vocación de permanencia”. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.... Op. cit., Pág., 266. “No toda ocupación constituye delito de usurpación sino que para que exista tal figura se requiere una vocación de permanencia es decir el verbo ocupar contenido en este tipo penal viene referido a la instalación en el inmueble ajeno, con cierto aire de continuidad y permanencia, es decir, no con carácter esporádico y pasajero”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 812. “La primera modalidad se consuma con la introducción en el bien inmobiliario que no constituya morada, a condición de que haya verdadera voluntad de permanencia”. MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 960. “La primera modalidad de “ocupación sin autorización” requiere de una duración temporal de suficiente entidad, no meramente simbólica, y una voluntad real del sujeto de mantener *sine die* la situación así producida... La pretensión de permanencia se constituye así en una de las características del tipo penal”. LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles...* Págs., 2-4. “Generalmente, esos sujetos suelen pertenecer a colectivos que llevan a cabo tal ocupación ilegal de forma permanente, con vocación de continuidad de mantenerse en el edificio, local o vivienda, máxime cuando su entrada en los inmuebles se produce mediante el uso de la fuerza y tras el cambio de la propia cerradura de la puerta de acceso al edificio... En estos supuestos, se está, repárese en ello, ante un delito permanente, de modo que permitir el mantenimiento de una situación mediante la cual alguien permanezca en un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituyesen morada contra la voluntad de su titular, supondría tolerar una conducta a través de la cual se estaría cumpliendo la vertiente típica del delito de usurpación previsto y penado en el art. 245.2 CP, algo que, más allá de la protección a dispensar al perjudicado, debe ser lógicamente impedido por los jueces y tribunales, no pudiendo dejar de resaltarse, siquiera lo sea en orden a reforzar el criterio del Tribunal, que en el art. 492 LECrim., se contempla la obligación de la Autoridad o agente de la policía judicial de detener al delincuente “in fraganti”. MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >>... Op. cit., Pág., 11. “Ocupar sin autorización se consuma con la introducción en el inmueble, con voluntad de permanencia. La continuidad en el tiempo: elemento vinculado al fin de protección de la norma... [Existiendo] necesidad de acreditar una voluntad decidida de permanencia estable”. CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.): *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados...* Op. cit., Pág., 535. “Esta modalidad [de ocupar sin autorización debida] se consuma con la introducción en el bien inmobiliario que no constituya morada, a condición de que haya verdadera

Ahora bien, como señala GÓMEZ IBARGUREN: “No todas las ocupaciones o mantenimientos en un inmueble ajeno serán objeto de punición desde el punto de vista penal, necesitando que concurra una voluntad de hacer la cosa como suya y con vocación de permanencia... En todo caso, la ocupación o mantenimiento tendrán que suponer un daño efectivo y grave a la posesión sobre el inmueble, no siendo necesario para su apreciación que se prolongue mucho en el tiempo, ya que únicamente hace falta que se den las circunstancias que acrediten sobradamente que la intención del autor era la de llevar a cabo los actos propios del poseedor de la finca de forma permanente "ab initio"⁶⁸⁸.

Uno de los problemas que plantea este delito es delimitar la línea divisoria entre la protección que otorga a sus titulares el artículo 245.2 del Código Penal, de la que otorgan las acciones que tutelan la posesión y que encuentran su protección en el orden jurisdiccional civil. Hay quienes acuden al principio de “intervención mínima del Derecho penal”. Pero este principio, como ya expusimos, va dirigido al legislador a la hora de determinar las conductas integradoras de la norma penal. Ahora bien, una vez incardinada la conducta en la norma penal, ésta es de aplicación, y lo que rige es el

voluntad de permanencia... Requiere de una duración temporal de suficiente entidad, no meramente simbólica, y una voluntad real del sujeto de mantener *sine die* la situación así producida”. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario...* Op. cit., Pág., 89. “La acción de ocupar consiste en tomar posesión de un inmueble, con idea de permanencia, comportándose como dueño. La ocupación puede ser total o parcial”. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio...* Op. cit., Pág., 575. “La ocupación y el mantenimiento suponen una conducta que va más allá de la mera entrada en un inmueble. Es necesario que exista una voluntad de permanencia y de hacer la cosa suya”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* Op. cit., Pág., 10. “Se trata de un delito permanente de mera actividad, por lo que los efectos antijurídicos creados se mantienen hasta que se produzca el desalojo... El requisito de una cierta permanencia en la ocupación es una condición admitida generalmente por la doctrina y la jurisprudencia: "(la ocupación) se hace con vocación de permanencia y, con ello, desposeer al titular (del inmueble) de modo continuo y estable". SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... Op. cit., Pág. 416-418. “Suele señalarse también como elemento característico de las acciones usurpar y ocupar la idea de permanencia, por lo que la ocupación simbólica de terrenos o edificios no sería típica, por no implicar, en realidad, una intención de desposesión ni alteración alguna en las relaciones jurídico-patrimoniales, ya que, en este caso, ni siquiera podríamos hablar de posesión, por falta de ánimo de crear una situación de sometimiento del inmueble al sujeto activo, sino que lo que se persiguen son fines absolutamente distintos”. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 87.

⁶⁸⁸ GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* Op. cit., Págs., 2-3.

principio de legalidad y de aplicación restrictiva (nunca extensiva) del Derecho penal, y su interpretación, pero no su exclusión alegando razones de mínima intervención penal⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ Vid., Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 13-10-2000, nº 181/2000, rec. 174/2000, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan (EDJ 2000/52612); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 1-2-2001, nº 35/2001, rec. 14/2001, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan (EDJ 2001/12424); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 7ª, S 8-3-2005, nº 158/2005, Pte: Gil Muñoz, Javier (EDJ 2005/339503); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 9-11-2010, nº 258/2010, rec. 256/2010, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2010/313633); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2011/27692); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 28-3-2011, nº 292/2011, rec. 92/2011, Pte: Guardiola García, Javier (EDJ 2011/117572); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2013/220746): “La existencia dentro de la esfera civil de unos cauces adecuados para que los interesados pueden dilucidar sus diferencias, impone, como lógica consecuencia, una *aplicación restrictiva y estricta* de las normas penales correspondientes (STS de 4 de abril de 1990, que cita, a su vez, las de 7-3 y 30-5-88 y 10-6-89)”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 6-3-2014, nº 119/2014, rec. 230/2013, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel (EDJ 2014/36001): “Igualmente ha de recordarse, en relación al principio de intervención mínima insinuado en el recurso, las enseñanzas contenidas en la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo num. 670/2006 de 21 de junio cuando establece que “el derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención. El primero se dirige en especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que *sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal*”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 30-6-1998, nº 484/1998, rec. 247/1998, Pte: Pérez de Rueda, Mª Pilar (EDJ 1998/29579): “Finalmente, alegará el recurrente que *el Derecho Penal está dominado por el principio de legalidad*, lo que determina la antijuricidad de la conducta definida en la ley como delito. Comparte este Tribunal dicha motivación, y del texto literal del precepto que se ha dejado dicho, con anterioridad, se desprende que *no puede entrarse en disquisiciones, supralegales*, toda vez que concurriendo todos los requisitos de la usurpación, llevada a cabo por los acusados procederá con estimación del recurso, la revocación de la sentencia, que habrá de ser sustituida por otra de condena, cuya pena se dejará establecida en la parte dispositiva de la presente resolución”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-1-2011, nº 45/2011, rec. 6/2011, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2011/29569): “El recurrente hace mención al principio de intervención mínima que inspira todo el derecho penal, pero dicha invocación tampoco puede comportar la absolución de la recurrente, toda vez que dicho principio debe inspirar la actuación del legislador pero carece de transcendencia para la aplicación del derecho por parte de *los órganos judiciales, los cuales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden dejar de aplicar la ley con el argumento de que la misma quebranta un principio inspirador del derecho penal* como lo es el principio de intervención mínima”. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239): “Para realizar el imprescindible acotamiento del tipo penal, no puede acudir al tan socorrido e invocado principio de intervención mínima del Derecho penal, que no rige en la aplicación judicial. En efecto, en esta fase, *imperla con toda plenitud el principio de legalidad*, al que ineludiblemente está sometido el Juez (artículo 117.1 de la Constitución) el cual *no puede dejar de declarar la existencia del delito* e imponer

sus consecuencias ni aun cuando considere que la acción u omisión penada por la ley no debería serlo (artículo 4.3 del propio Código Penal)". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886): "Una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, *la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad*, siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 CP, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia (STS 8-VII-2002). Por consiguiente, no resulta correcta la aplicación del principio de intervención mínima como criterio jurisdiccional. Y tampoco parece correcta en el presente caso la implementación del principio de proporcionalidad con el fin de acoger un criterio absolutorio, dado que ese principio se halla más bien vinculado a la determinación de la cuantía de la pena una vez que se define el juzgador por un criterio condenatorio". Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 21-9-2006, nº 131/2006, rec. 43/2006, Pte: Tapia Parreño, José Jaime (EDJ 2006/410658): "*No es aplicable el alegado principio de mínima intervención*. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006 respecto del principio penal de intervención mínima "reducir la intervención del derecho penal, como última ratio, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que *en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad* por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal". Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 9-5-2008, nº 271/2008, rec. 47/2008, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2008/112590): "En cuanto al principio de intervención mínima, como expone la STS de 21 de junio de 2006, reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que *en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad* por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por ello, estando vinculado el Juez por el principio de legalidad (artículo 117.1 CE), no puede dejar de declarar la existencia del delito e imponer sus consecuencias ni aun cuando considere que la acción u omisión penada por la Ley no debería serlo (artículo 4.3 del propio Código Penal)". Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 30-11-2012, nº 460/2012, rec. 762/2012, Pte: Garrido Sancho, Pedro Luis (EDJ 2012/320888); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 15-11-2013, nº 345/2013, rec. 723/2013, Pte: Juan Sanjosé, Rafael Juan (EDJ 2013/313470): "La jurisprudencia tiene declarado que el denominado por la doctrina *principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él*. Reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al Juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal (STS 21 junio 2006)". Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 4-5-2007, nº 83/2007, rec. 253/2007, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2007/139155): "Desde el punto de vista del principio de intervención mínima que debe inspirar el Derecho Penal. Como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2.002 en relación con el principio de Intervención Mínima, "dicho principio ha sido objeto, por su importancia, de más de una reflexión de esta Sala". Señala la sentencia referida que "reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que *en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad* por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal". En relación con la materia que nos ocupa, el legislador ha definido en el artículo 245.2 del Código Penal qué ataques considera que deben ser constitutivos de infracción penal ("El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular"), y *el juzgador no puede, so pretexto de dicho principio, despenalizar conductas en las que concurren los elementos objetivos y subjetivos de esa infracción penal*". Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia

Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2009/414265); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 8-10-2010, nº 562/2010, rec. 236/2010, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2010/377180); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 20-11-2013, nº 626/2013, rec. 55/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2013/298944); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 31-3-2014, nº 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2014/103115); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 28-5-2014, nº 321/2014, rec. 316/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2014/181488): “*Al amparo del principio de intervención mínima no debe admitirse una interpretación de la norma penal que la vacíe de contenido, pues de lo contrario los Tribunales nos estaríamos convirtiendo, de facto, en legisladores*, proyectando en la labor de aplicación e interpretación de las normas no solo funciones que no nos corresponden, sino la propia consideración que cada uno tenga de la función social de la propiedad, con quiebra de la seguridad jurídica. Con todo, si el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, y respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, es más que evidente que *este tipo de conductas deben ser castigadas por imperativo del principio de legalidad*. De lo contrario, cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario, podría ser objeto de usurpación sin más amparo que obligar a aquél a acudir a un proceso civil, que aunque arbitre instrumentos ágiles (interdictos) para su pronta recuperación, provocarían una especie de efecto llamada para todos aquéllos ciudadanos que sin recursos suficientes, estarían peregrinando de inmueble en inmueble, sirviéndose transitoriamente de los mismos pero con una vocación de permanencia respecto de tal estilo de vida, al no prevenir el ordenamiento jurídico ninguna sanción, más allá de la más que probable ineficacia por insolvencia de los daños y perjuicios causados”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2009, nº 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2009/142926); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 10-1-2011, nº 22/2011, rec. 717/2010, Pte: Gil Hernández, Ángel (EDJ 2011/180277); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826): “Por otra parte, en lo referido al principio de intervención mínima de las normas penales, que también se invoca, ha de tenerse en cuenta que el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que *es evidente la exigencia de que éstas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad*, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha producido la usurpación penalmente reprochable. De lo contrario, si no se sancionaran penalmente éstas conductas, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, los órganos judiciales estaríamos asumiendo, en la práctica, una función que no nos corresponde -la legislativa-, lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. En este caso, se ha incluido en la norma penal la usurpación de cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario y, en consecuencia, al prevenir el ordenamiento jurídico la correspondiente sanción de carácter punitivo para quien quebrante dicha norma, los Tribunales estamos en la obligación de aplicarla cuando tal quebranto se produzca, evitando cualquier posible consideración personal acerca del eventual desacuerdo con la punibilidad que la Ley establezca y limitándonos únicamente a establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes sobre la tipicidad de cada conducta concreta”. Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 4-10-2010, nº 133/2010, rec. 91/2010, Pte: Morales Ortega, Rafael (EDJ 2010/322703): “El principio de intervención mínima se proyecta en aquellas situaciones de hecho en las que existe una duda razonable sobre la aplicabilidad de la jurisdicción penal para la resolución del conflicto y existen otras jurisdicciones alternativas que bien pudieran entrar a resolver la cuestión debatida y este no es el caso que nos ocupa, pues *el principio de legalidad vincula, como ningún otro, a los Jueces y Tribunales del orden penal*, y es que, como resalta la citada STS de 29-11-06, “reducir la intervención del derecho penal, como última *ratio*”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal”.

MUÑOZ MARÍN sostiene que el criterio más solvente para determinar la frontera entre un orden jurisdiccional y otro es el de acudir al criterio de la *voluntad de permanencia* por contraposición a la *temporalidad*, *transitoriedad*, u *ocasionalidad*. Así, aquellas conductas en las que el sujeto activo tiene un ánimo de permanencia en el lugar encajarían en el ilícito penal, y aquellas en las que tal ánimo no existe, pertenecerían al ámbito civil. Si bien, continúa afirmando el referido autor que este criterio distintivo conlleva la necesidad de resolver otro problema añadido: marcar nuevamente una línea divisoria entre lo que es permanente y lo que es transitorio (unas horas, unos días, unas semanas, unos meses...). En resumen, se hace preciso determinar qué se entiende por permanente y qué por transitorio. En esta línea argumental GÓMEZ IBARGUREN considera preferible considerar la temporalidad desde un punto de vista meramente intencional considerando que una ocupación prolongada podría no ser constitutiva de delito de usurpación si el sujeto activo tuviese la intención de dejar el inmueble en un plazo razonable de tiempo⁶⁹⁰.

La Jurisprudencia *menor* en numerosas resoluciones judiciales exige un ánimo o voluntad de permanencia, el cual es indicado con expresiones tales como: “intención de permanencia”, “ánimo de permanencia”, “voluntad de permanencia”, “vocación de permanencia”, “idea de permanencia”, “voluntad de ocupar de forma más o menos permanente”, “voluntad de permanencia y continuidad”, “voluntad de permanencia estable y duradera”, “propósito de una suficiente permanencia”... llegando incluso en alguna de ellas a manifestar que la voluntad de permanencia viene a constituir el *dolo específico* de este tipo de delito⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* Op. cit., Págs., 171-172; GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* Op. cit., Pág., 3.

⁶⁹¹ Vid., Audiencia Provincial de Lugo, S 29-3-2000, nº 210/2000, rec. 89/2000, Pte: Fernández Cloos, Edgar Amando (EDJ 2000/9573): “El tipo penal objeto de acusación requiere de una *intención de permanencia* por parte de los ocupantes”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 12-7-2000, rec. 480/2000, Pte: Joshi Jubert, Ujala (EDJ 2000/49414): “Es un tipo de mera actividad que por lo tanto se consuma con la mera realización de la acción descrita en el tipo, tanto de sus elementos objetivos como subjetivos, es decir, es necesario la ocupación sin autorización y la *voluntad de ocupar de forma más o menos permanente la vivienda*”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-10-2004, nº 312/2004, rec. 299/2003, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña (EDJ 2004/173138); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 25-1-2006, nº 55/2006, rec. 403/2004, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña (EDJ 2006/11252); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 7-4-2006, nº 197/2006, rec. 2351/2006, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis (EDJ 2006/296168); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 24-4-2008, nº 369/2008, rec. 132/2008, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2008/79736); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 28-9-2010, nº 1045/2010, rec. 217/2010, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2010/282140); Audiencia

Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 31-5-2012, nº 428/2012, rec. 9/2012, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2012/142089): “*El elemento subjetivo viene determinado por la intención o voluntad de permanencia, y en ello coinciden de forma pacífica la doctrina de las distintas Audiencias (AP Zaragoza 16.06.00, 1206.99, 13.07.98, 28.10.98; AP Gerona 03.05.99; AP Baleares 29.10.97, AP Granada 29.5.00; AP Segovia 29.10.98)*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 19-5-2005, nº 2099/2005, rec. 2241/2004, Pte: Domeño Nieto, Yolanda (EDJ 2005/132184); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 9-9-2005, nº 64/2005, rec. 41/2005, Pte: Cabrera Garate, Rubén (EDJ 2005/196011); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 15-9-2006, nº 474/2006, rec. 103/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/337878); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 16-10-2006, nº 532/2006, rec. 156/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/345975); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2007/219115); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2007/273901); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/63133); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008; Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/142401); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar (EDJ 2009/162720); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 22-6-2009, nº 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana Mª (EDJ 2009/397904); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 16-9-2009, nº 442/2009, rec. 150/2009, Pte: Morales González, Federico (EDJ 2009/336126); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 27-1-2010, nº 19/2010, rec. 9/2010, Pte: Molinari López-Recuero, Alberto (EDJ 2010/34631); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2010/348972); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2011/330742); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 19-10-2011, nº 1080/2011, rec. 242/2010, Pte: Riera Ocariz, María (EDJ 2011/317552); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 1-6-2012, nº 229/2012, rec. 280/2011, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2012/143712); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2012/224596); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 16-11-2012, nº 442/2012, rec. 996/2012, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen (EDJ 2012/316252); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 18-2-2013, nº 151/2013, rec. 859/2012, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/59976); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 22-2-2013, nº 37/2013, rec. 358/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316614); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 25-2-2013, nº 69/2013, rec. 121/2013, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2013/135866); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 1-3-2013, nº 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz (EDJ 2013/230856); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-3-2013, nº 131/2013, rec. 76/2013, Pte: García Sánchez, Mª Jesús (EDJ 2013/60352); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 23-4-2013, nº 203/2013, rec. 151/2013, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2013/90098); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 9-5-2013, nº 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2013/90363); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 26-6-2013, nº 250/2013, rec. 340/2013, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2013/132603); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 5-7-2013, nº 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316835); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 13-9-2013, nº 323/2013,

rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/181527); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 1-10-2013, nº 296/2013, rec. 108/2013, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316925); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 15-11-2013, nº 345/2013, rec. 723/2013, Pte: Juan Sanjosé, Rafael Juan (EDJ 2013/313470); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 14-2-2014, nº 62/2014, rec. 1025/2013, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58502); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-2-2014, nº 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2014/22830); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 18-2-2014, nº 47/2014, rec. 31/2014, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2014/29724); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-3-2014, nº 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/38136); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa Mª (EDJ 2014/47368); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 10-4-2014, nº 173/2014, rec. 449/2013, Pte: Benito López, Alejandro María (EDJ 2014/81823); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 5-5-2014, nº 281/2014, rec. 1355/2013, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen (EDJ 2014/133701); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 1ª, S 21-5-2014, nº 318/2014, rec. 1645/2013, Pte: Lamazares López, Lucía (EDJ 2014/132202); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-9-2014, nº 225/2014, rec. 310/2014, Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego (EDJ 2014/166484); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 9-10-2014, nº 421/2014, rec. 859/2014, Pte: Martínez García, Ángel Santiago (EDJ 2014/211825); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778): “La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, *realizada con cierta vocación de permanencia*”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114): “El tipo requiere también una *voluntad de permanencia y continuidad* con el fin de *hurtar la posesión legítima* de su propietario”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-5-2003, rec. 34/2003, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2003/53690): “Necesario ánimo del sujeto activo de querer poseer el bien inmobiliario de otro como si fuera propio, elemento del injusto que exige, como decíamos, una *verdadera voluntad de permanencia estable y duradera* en el lugar de que se trate”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670): “El que el Legislador haya distinguido entre estas dos modalidades comisivas es suficientemente significativo de que la primera modalidad de “ocupación sin autorización” requiere de una duración temporal de suficiente entidad, no meramente simbólica, y una *voluntad real del sujeto de mantener sine die la situación* así producida”. Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 30-7-2004, nº 59/2004, rec. 60/2004, Pte: Pérez Serna, Jesús (EDJ 2004/140164); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-9-2005, nº 395/2005, rec. 5257/2005, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2005/244096); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 26-12-2013, nº 862/2013, rec. 390/2013, Pte: Herrero Enguita, Sagrario (EDJ 2013/289612); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 7-1-2014, nº 15/2014, rec. 386/2013, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen (EDJ 2014/26856): “La primera modalidad, “ocupar sin autorización debida”, se consuma con la introducción en el bien inmueble que no constituya morada, pero a condición de que haya *verdadera voluntad de permanencia*, quedando impune cualquier entrada que tenga una finalidad distinta por parte del responsable del hecho, como sería la ocasional o episódica, que siempre se entenderá que es tal cuando por el simple y corto espacio temporal en que tenga lugar, no permita deducir racionalmente una verdadera intención de permanecer de manera estable en el inmueble de que se trate por parte del sujeto que accedió a su interior”. Audiencia Provincial de Ávila, sec. 1ª, S 15-11-2004, nº 195/2004, rec. 248/2004, Pte: García García, Jesús (EDJ 2004/257929): “Que se produzca la ocupación con una *voluntad de cierta permanencia* por parte de los ocupantes”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 19-9-2007, nº 167/2007, rec. 150/2007, Pte: Pontón Práxedes, Antonio G. (EDJ 2007/354213): “No todo acto perturbador de la posesión puede subsumirse en el ámbito del artículo 245.2 del Código Penal, solo las ocupaciones de bienes inmuebles en las que de un modo claro y terminante se deduce la *voluntad del sujeto activo de ejercitar de modo permanente derechos posesorios* sobre el inmueble merecen el reproche penal en él contemplado”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-7-2010, nº 68/2010, rec. 58/2010, Pte: Giner Gutiérrez, Diego (EDJ 2010/195004): “Los requisitos que exige el citado tipo legal para que se pueda imputar a

personas determinadas son... Que se produzca la ocupación con una *voluntad de cierta permanencia* por parte de los ocupantes (Vid SSAP de Vizcaya Sección 2ª de 31 de marzo de 2003; AP de Sevilla, Sección 3ª de 13 de noviembre de 2003, y de Madrid, Sección 2ª de 16 de julio de 2003)". Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 5-11-2010, nº 703/2010, rec. 317/2009, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2010/348989): "La ocupación se hace con *"vocación de permanencia"* y, con ello, desposeer al titular de modo continuo y estable"; o que la ocupación ha de ser "pacífica y permanente"; o, que el tipo penal requiere de una *"voluntad de permanencia y continuidad"* en las conductas reguladas, excluyéndose los casos en que la entrada en el inmueble tiene un carácter esporádico y pasajero". Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 3-12-2010, nº 343/2010, rec. 152/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/402594); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2011/395951); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224): "Es así, como se llega a concluir, de forma bastante generalizada, que *sólo la usurpación con vocación de permanencia puede quedar incluida en el ámbito penal*, quedando extramuros de la misma todos aquellos supuestos en los que nos encontremos ante una mera estancia transitoria que en absoluto haya impedido al titular el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble". Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 28-1-2011, nº 45/2011, rec. 443/2010, Pte: Sáenz Soubrier, José Juan (EDJ 2011/113037): "No requiere el precepto de referencia (art. 245.2 del Código Penal) que dicha ocupación perdure o se mantenga durante un determinado lapso temporal, sino (en una correcta interpretación de la norma) sólo que se establezca con *propósito de una suficiente permanencia*, lo que no impide la consumación del delito cuando, establecida la ocupación, ésta termina de un día para otro como consecuencia, p. ej., de una intervención policial, tal y como otras veces se ha argumentado". Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2012/86783): "En el presente supuesto, la conducta de la acusada se ajusta a la previsión legal contenida en el art. 245.2 del C. Penal, que en cuanto su elemento subjetivo no exige una intención deliberadamente encaminada a desposeer a su propietario del goce de la cosa, sino que basta el conocimiento de la ajeno del inmueble, y la *voluntad de disfrutar de su tenencia con cierta permanencia*, circunstancias ambas que se han dado en el proceder del acusado, a tenor de los hechos declarados como probados". Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 14-5-2012, nº 146/2012, rec. 66/2012, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2012/267394): "La ocupación sin violencia o intimidación de la vivienda desocupada con *cierta vocación de permanencia*". Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2013/159701): "El elemento subjetivo del injusto que es la ocupación de la vivienda con *ánimo de permanecer en la misma de manera permanente*". Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 20-4-2006, nº 22/2006, rec. 11/2006, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2006/74951): "Utilizando el tipo penal el término "ocupar", conlleva el acto una *vocación de permanencia* por parte del sujeto activo, que se traduce en, la *intención de permanecer en el inmueble por un tiempo*, esto es, habitarlo". Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 5-5-2006, nº 155/2006, rec. 1070/2006, Pte: Maeso Ventureira, Augusto (EDJ 2006/404921): "Por fin, el término "ocupar" empleado en el tipo penal, así como el de "mantenerse" en el inmueble ocupado contra la voluntad del titular, contemplan algo más que la mera entrada en el mismo, o la estancia en él durante unas horas, que es lo que la sentencia aquí apelada declara probado, viniendo a exigir una *cierta voluntad de permanencia*, tal como se ha indicado en la doctrina y la jurisprudencia, voluntad cuya concurrencia no ha sido probada en el presente caso". Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 14-9-2006, nº 731/2006, rec. 308/2006, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane (EDJ 2006/411941); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 11-9-2007, nº 505/2007, rec. 297/2007, Pte: Alonso Cardona, Ruth (EDJ 2007/360708); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 11-4-2013, nº 90166/2013, rec. 48/2013, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane (EDJ 2013/107452): "El tipo penal de la usurpación, previsto en el núm. 2 del art. 245 del C. Penal, que determina castigo para quien, *contra la voluntad de su dueño, y con vocación de permanencia*, ocupe un inmueble que no constituya morada, o se mantenga en ella contra la voluntad de su dueño". Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 6ª, S 27-7-2007, nº 70/2007, rec. 165/2007, Pte: Gómez Rey, José (EDJ 2007/275934): "El elemento intencional del delito tipificado en el artículo 245-2 del Código Penal, no es la conciencia de que se accede a un inmueble careciendo de la correspondiente autorización, sino la *intención de permanencia estable en el inmueble*; pues no debe olvidarse que en el precepto no se sanciona al que accediere a un inmueble, sino al que lo ocupe o se mantuviere en él". Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 2ª, S 5-12-2008, nº 305/2008, rec. 19/2008, Pte: Morillo-Velarde Pérez, José María (EDJ 2008/357258): "Los hechos declarados probados, en cambio, son legalmente constitutivos de un delito de usurpación de bienes inmuebles, previsto y penado en el artículo 245.2, cuya conducta típica consiste en la simple ocupación de un bien inmueble sin el consentimiento de su titular, *efectuada con ánimo de permanencia*". Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 12-1-2009, nº 10/2009, rec.

➤ *Criterio cuantitativo y cualitativo de la permanencia*

Si por ocupar se entiende despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica, la consumación delictiva requiere que la ocupación tenga cierta permanencia, que sea continuada en el tiempo. Surge, por tanto, la necesidad de buscar un criterio que permita afirmar la permanencia de la ocupación. En esta línea ha llegado a sostenerse, incluso, que tres días no son

376/2008, Pte: Taboada Caseiro, M^a del Carmen (EDJ 2009/45656); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 3^a, S 8-1-2010, n^o 14/2010, rec. 262/2009, Pte: Prieto Macías, Carlos (EDJ 2010/216613): “En cuanto a su elemento subjetivo no exige una intención deliberadamente encaminada a desposeer a su propietario del goce de la cosa, sino que basta el conocimiento de lo ajeno al inmueble, y la *voluntad de disfrutar de su tenencia con cierta permanencia*”. Audiencia Provincial de Granada, sec. 1^a, S 16-2-2009, n^o 72/2009, rec. 8/2009, Pte: Barrales León, M^a de las Maravillas (EDJ 2009/294306): “Solo hay ocupación cuando la posesión se detenta *con cierta vocación de permanencia* y no cuando es puntual”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7^a, S 20-7-2009, n^o 611/2009, rec. 213/2009, Pte: Aparicio Carril, M^a Luisa (EDJ 2009/248851); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6^a, S 24-11-2010, n^o 441/2010, rec. 233/2010, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2010/316948): “Este delito, previsto en el art. 245.2 del C. Penal, para su existencia exige en la persona que accede al inmueble ajeno sin la voluntad de su dueño *una idea de permanencia* pues ocupar, verbo que se utiliza en dicho precepto, supone no solo acceder al inmueble sino que ha de accederse con una idea de permanencia y continuidad”. Audiencia Provincial de Granada, sec. 1^a, S 28-5-2010, n^o 352/2010, rec. 124/2010, Pte: Flores Domínguez, Jesús (EDJ 2010/376678): “Es prácticamente unánime la interpretación doctrinal y jurisprudencial del término ocupación del artículo 245.2 del C.P. en el sentido de exigir que esa ocupación tenga una *cierta vocación de permanencia*, es decir, que la voluntad del ocupante venga dada por *permanecer en el inmueble ocupado "sine die"*”. Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3^a, S 23-9-2011, n^o 235/2011, rec. 466/2011, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2011/392617): “Sólo cabe considerar, entre las situaciones amparadas por el artículo 245.2 del Código Penal, aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno consistente en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos con *cierta vocación de permanencia* que signifiquen un riesgo a una posesión que sea clara y socialmente manifiesta”. Audiencia Provincial de Granada, sec. 1^a, S 7-10-2011, n^o 553/2011, rec. 159/2011, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2011/286876): “La *voluntad de permanecer* en la morada ajena es esencial en orden a la tipificación de los hechos, pues solo será punible la entrada en morada ajena con *vocación de permanencia*”. Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2^a, S 17-9-2012, n^o 123/2012, rec. 99/2012, Pte: Morales Ortega, Rafael (EDJ 2012/275839): “Se concreta así la primera modalidad de comisión del delito de usurpación que el legislador prevé, esto es la de ocupación de un inmueble sin la autorización de su titular y con una *vocación de cierta permanencia*”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5^a, S 18-9-2012, n^o 222/2012, rec. 290/2012, Pte: Soria Fernández-Mayoralas, Matías Manuel (EDJ 2012/211057): “La mera ocupación con *vocación de permanencia* es delito”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4^a, S 8-4-2013, n^o 42/2013, rec. 74/2012, Pte: Pestana Pérez, Mario (EDJ 2013/104120): “Concurriendo igualmente el tipo subjetivo, es decir, la *conciencia de la ocupación del inmueble y de la permanencia ulterior en el tiempo contrarias a la voluntad*, inequívocamente expresada, del dueño”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2^a, S 16-9-2013, n^o 466/2013, rec. 28/2013, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José (EDJ 2013/217899): “Que exista una *cierta vocación de permanencia*”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6^a, S 20-9-2013, n^o 858/2013, rec. 89/2013, Pte: Ramírez Ortiz, José Luis (EDJ 2013/222709): “Así como el mantenimiento en el interior con *vocación de cierta permanencia*”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3^a, S 15-10-2013, n^o 538/2013, rec. 210/2013, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2013/296178): “Sólo la usurpación con *vocación de permanencia* puede quedar incluida en el ámbito penal”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5^a, S 18-12-2012, n^o 316/2012, rec. 477/2012, Pte: Larrosa Amante, Miguel Ángel (EDJ 2012/317432): “La voluntad de permanencia, que viene a constituir el *dolo específico* de este tipo de delitos”.

suficientes para determinar la consumación; aunque otras resoluciones judiciales consideran suficiente unas horas o pasar una noche⁶⁹².

⁶⁹² GALLEGOS SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 544. *Vid.*, Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 15-2-2008, nº 32/2008, rec. 44/2008, Pte: Bellido Soria, Francisco (EDJ 2008/113141): “La consumación delictiva requiere que la ocupación sea continuada en el tiempo, llegando a afirmarse, incluso, que *tres días no son suficientes para afirmar la consumación*. En esta línea son de ver, ejemplificativamente, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias 2 julio 1998, Barcelona 17 marzo 1998, Zaragoza 28 octubre 1998 y Málaga 9 octubre 2000”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652): “Y ello desde luego, por lo que hace al caso concreto, no puede entenderse acreditado con la estancia por parte de los citados tres acusados en el inmueble de la recurrente (inmueble semiabandonado, según el relato intocable de hechos probados) durante tan *sólo dos días*. *Dicha ocupación sólo puede tener la consideración de provisional, no estable o no permanente*, por tanto atípica”. Audiencia Provincial de Lugo, S 29-3-2000, nº 210/2000, rec. 89/2000, Pte: Fernández Cloos, Edgar Amado (EDJ 2000/9573): “Así la Sala entiende que la inmediatez entre la conminación para abandonar el inmueble y la presentación de la denuncia, *apenas cuatro días, hace que deba de decaer la reprochabilidad penal de la conducta de las acusadas*, más cuando éstas manifestaron su aquietamiento a la petición de abandono que sólo pretendían deferir al resultado de las peticiones que habían realizado a los servicios sociales del Concello, a lo que parece al servicio de la mujer”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 14-9-2004, nº 379/2004, rec. 282/2004, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 2004/275430): “Si la acusada estuvo *un par de horas, o poco más*, en el interior del inmueble, y se marchó del mismo en cuanto llegó el propietario al negarse éste a arrendárselo, es claro que la lesión del bien jurídico ha sido insignificante. La aplicación del principio de insignificancia (que ha sido aplicado por el Tribunal Supremo incluso en el tráfico de sustancias estupefacientes a pequeña escala: SSTs 1889/2000, 11-XII; 1439/2001, 18-VII; 216/2002, 11-V; y 298/2004, 12-III, entre otras) impide, pues, dictar una sentencia condenatoria, toda vez que el grado de injusto es de un nivel tan escaso que no cabe insertar el comportamiento de la acusada en el texto de la norma penal”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 30-9-2004, nº 403/2004, rec. 298/2004, Pte: Alhambra Pérez, Pilar (EDJ 2004/278345): “El tiempo que la acusada permaneció en el interior de la vivienda *no pudo sobrepasar más de una hora o escasos momentos*. Así pues, una ocupación de tan escaso tiempo no puede constituir el tipo penal descrito en el artículo 245.2, como así lo han establecido numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales (SAP Zaragoza 28 octubre de 1998 y SAP Lugo 29 marzo de 2000). Por tanto, una ocupación tan sumamente transitoria, que no va más allá de una hora, no puede configurar el delito de usurpación de bienes inmuebles, ya que se exige una idea de permanencia en dicha ocupación, y por todo ello procede la absolución de Sofía”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 10-11-2005, nº 381/2005, rec. 684/2005, Pte: González Cuartero, María Teresa (EDJ 2005/212056): “Lo acreditado en autos es que la ocupación *no conlleva la estabilidad que precisa el tipo*, la gente entraba y salía, día y noche, del inmueble, sin ocupar con carácter de permanencia el mismo. Así, Emilio, llevaba *15 días* únicamente en la vivienda, cuando se le requirió para declarar en estos autos, Rodrigo *unos dos meses*, como Irene, y como Nuria, y, en definitiva, todos los imputados se hallaban en el inmueble por razones de necesidad, en el sentido de carecer de recursos completamente, y habían accedido al inmueble, según alegaron, y no otra cosa se acreditó, *de una manera transitoria, hasta poder acceder a una vivienda que presentara unos mínimos de dignidad*, ya que el estado del inmueble era de inhabilitación absoluta, contra lo que manifiesta en su recurso el Ministerio Fiscal”. Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 27-2-2007, nº 148/2007, rec. 48/2007, Pte: Arévalo Lassa, José Ignacio (EDJ 2007/31843): “En tercer y último lugar, las circunstancias que se han puesto de manifiesto desmienten esa intención de permanencia provisional. Es evidentemente compatible con la vocación de permanencia la ocupación del inmueble hasta que se produzca el inevitable desalojo y no otra cosa fue lo que sucedió en el caso que nos ocupa. Por un lado, *el tiempo de permanencia, una semana*, como señala la propia acusada, es apreciable y, por otro lado, no nos cabe ninguna duda de que de no haberse producido la intervención judicial la ocupación se hubiera extendido de modo todavía más significativo”. Se ha llegado a considerar que una estancia de un mes es temporal: Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 5ª, S 14-5-2013, nº 227/2013, rec. 1129/2012, Pte: Fariña Conde, Victoria Eugenia (EDJ 2013/111743): “De ahí, que en el presente caso, en que se señala en la sentencia de instancia que no aparece acreditada “*más que una ocupación temporal de aproximadamente un mes, tras la cual la vivienda es desocupada*”, no puede hablarse de ocupación con vocación de permanencia, de ahí que la conclusión a la que llega la sentencia de instancia deba confirmarse”. Otras por el contrario la consideran permanente: Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª,

Afirman BRAGE CENDÁN y BAUCCELLS I LLADOS que la determinación de la permanencia ha de llevarse a cabo atendiendo no sólo a criterios cuantitativos sino cualitativos, teniendo en cuenta, por consiguiente, tanto el tiempo que haya durado la acción como el propósito del autor al llevarla a efecto⁶⁹³.

Este criterio puede llevar al absurdo jurídico de considerar atípica una ocupación duradera y estable en el tiempo (incluso de años) en el que el sujeto no tuviera intención

S 24-9-2013, nº 261/2013, rec. 176/2013, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2013/265913): “Sin embargo, aun *asumiendo que fuera un mes* todo el tiempo de duración de la efectiva y real ocupación, es evidente que *estamos ante una ocupación con vocación de permanencia, y no ante lo que se entiende como una conducta ocasional*, siendo lo más relevante a los efectos de tal apreciación el hecho de que dicho acusado accediera al interior de una de las viviendas de autos con el propósito de ocuparla y quedarse a vivir en ella y que tal propósito lo hiciera realidad, aunque sólo permaneciera en tal situación durante un mes”. Y con más motivo cuando se trata de tres meses, *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 25-11-2013, nº 560/2013, rec. 447/2012, Pte: Oliván Lacasta, Pilar (EDJ 2013/288481): “El bien jurídico protegido es el derecho de propiedad del que forman parte las facultades de uso y disfrute que corresponden al titular del derecho, y no cabe duda que la permanencia del inmueble durante *tres meses entraña una afectación relevante* de ese bien jurídico”. Se confirmó la condena pese a llevar *escasas horas* por la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 12-7-2000, rec. 480/2000, Pte: Joshi Jubert, Ujala (EDJ 2000/49414): “El presente hecho tiene una gravedad mínima no llevaban instalados en casa más que unas *escasas horas*, el ánimo de ocupar la vivienda, en el sentido de habitarla, se deduce exclusivamente del propio reconocimiento de los acusados, los actos de ocupación que han ejercido son escasísimos”. *Una noche se consideró suficiente* para condenar por el delito de ocupación pacífica por la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 1-9-2000, nº 394/2000, rec. 218/2000, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José (EDJ 2000/65364): “Es evidente que tal conducta integra el delito previsto en el art. 245.2 del Código Penal, pues la usurpación de inmuebles requiera una *mínima permanencia temporal en la ocupación*, circunstancia que concurre en el supuesto de autos ya que *el acusado pasó la noche en la vivienda hasta que fue desalojado* nuevamente por la Guardia Civil. De tal hecho delictivo es responsable, en concepto de autor el acusado, Anastasio, por haber ejecutado voluntaria, directa y materialmente el hecho en que consiste, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. *Unas horas* también es bastante para consumir el delito según la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 17-9-2008, nº 800/2008, rec. 269/2008, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2008/258246): “El resto de las alegaciones que formulan estos recurrentes tampoco pueden prosperar ya que se refieren a la ausencia de vocación de permanencia en el interior de la finca por parte de los recurrentes lo que resulta incompatible con la colocación de un candado en la puerta de acceso a la misma o a entender que el delito ha sido cometido en grado de tentativa *por el hecho de que la ocupación se limitara a unas horas* puesto que durante ese espacio temporal el delito quedó consumado”.

⁶⁹³ BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* Op. cit., Pág., 21. “Afirmado el carácter de exigencia típica de esta permanencia cabe pronunciarse a continuación respecto a su concepto. La “permanencia” no puede entenderse como un dato cuantitativo que pudiera fijarse a través de la determinación de un concreto número de días, meses o años que hubiera durado la acción. Es un dato también cualitativo donde el ánimo del autor, su propósito será también determinante”. BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Pág., 130. “La permanencia no puede entenderse como un dato cuantitativo que pudiera fijarse a través de la determinación de un concreto número de días, meses o años que tuviera la acción. Esto sería absurdo y político-criminalmente incorrecto. Sin dejar de ser un concepto que pueda probarse cuantitativamente, creo que lo determinante es el dato cualitativo del ánimo y propósito del autor”. BAUCCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... Op. cit., Pág., 715.

de “subrogarse en la posición jurídica del titular”, de adquirir la propiedad del inmueble ocupado, sino únicamente de permanecer en el inmueble hasta que cambie su situación económica, confiando *v. gr.*, en la suerte de la lotería.

La Jurisprudencia *menor* considera que el cambio de cerraduras, rotura de candado, o la colocación de éste, acredita la intención de ocupar con carácter permanente; así como el reconocimiento del sujeto de permanecer ocupando hasta que sea desalojado por un juez, el hecho de introducir en el inmueble utensilios y útiles personales (colchón), desarrollar la vida ordinaria (comer y dormir), y adecuar el espacio ocupado a las condiciones de vida propias de un hogar...⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ *Vid.*, Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 30-7-2004, nº 59/2004, rec. 60/2004, Pte: Pérez Serna, Jesús (EDJ 2004/140164); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 23-4-2010, nº 313/2010, rec. 161/2010, Pte: Mora Sánchez, Juan Miguel (EDJ 2010/249119): “La primera modalidad, “ocupar sin autorización debida”, se consuma con la introducción en el bien inmueble que no constituya morada, pero a condición de que haya verdadera voluntad de permanencia, quedando impune cualquier entrada que tenga una finalidad distinta por parte del responsable del hecho, como sería la ocasional o episódica, que siempre se entenderá que es tal cuando por el simple y corto espacio temporal en que tenga lugar, no permita deducir racionalmente una verdadera intención de permanecer de manera estable en el inmueble de que se trate por parte del sujeto que accedió a su interior”. Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 23-5-2006, nº 95/2006, rec. 98/2006, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2006/116098): “Es precisamente el *cambio de cerradura* el hecho que acredita la verdadera intención de los denunciados de ocupar el inmueble con carácter permanente, pues de ser cierto (como alegan) que quisieron realizar meras labores de acondicionamiento de la vivienda, resultaría innecesaria e inútil la ejecución de tal acto”. Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 8-10-2008, nº 56/2008, rec. 29/2008, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración (EDJ 2008/312899): “Volvieron a tomar posesión de la vivienda permanentemente (intención evidente deducible de su propio *cambio de cerraduras*)”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 9-3-2012, nº 134/2012, rec. 39/2012, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2012/49618): “Las pruebas practicadas sirven de sustento inequívoco al hecho de que los acusados sí que tenían intención de permanecer en el inmueble de forma permanente y con ánimo de posesión de la misma, y ello es así porque *los propios acusados se lo manifestaron a la policía* que acudió a la vivienda cuando declaró él mismo en el acto del juicio oral, al manifestarle que *no se irían hasta que no les echare un juez* y siendo que a fecha de hoy siguen ocupando la vivienda”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 5-3-2014, nº 94/2014, rec. 5/2014, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58524): “No podemos concluir que la ocupación de la vivienda en cuestión llevada a cabo por el recurrente pueda calificarse de ocasional o transitoria, sino que fue con vocación de permanencia, lo que se infiere de su propia declaración sumarial (F. 33) donde reconoce que *“vive en esa caseta desde hace dos semanas en compañía de un amigo (...), y de la ocupación de diversos utensilios, útiles personales e incluso de una estufa en la citada vivienda que revelan cómo el acusado la estaba habitando con voluntad de permanecer en ella. Así las cosas, claro es que se cumple el primero de los requisitos exigidos por el tipo penal, por lo que el motivo debe ser desestimado”*. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 10-12-2009, nº 838/2009, rec. 142/2009, Pte: Navarro Blasco, Eduardo (EDJ 2009/351780): “Por lo que se refiere al delito de usurpación de bienes inmuebles por el que ha sido condenado, hay que decir que esta alzada muestra su absoluta conformidad con la sentencia impugnada, entendiendo que existe prueba de cargo suficiente para su condena, fundamentada (como bien se dice en aquélla) en el hecho indubitado y no negado de que el acusado fue sorprendido “*in fraganti*” por el propietario de la vivienda ocupando aquélla en unas condiciones que sólo pueden hacer pensar en el ánimo de disfrutarla con cierto carácter permanente (*parte de los moradores estaban comiendo, otros durmiendo y tenían sus enseres personales consigo*), concurriendo la totalidad de los elementos del tipo que con tanto acierto son analizados doctrinalmente en la sentencia”. Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-11-2007, nº 696/2007, rec. 241/2007, Pte: Uceda Sales, Sara (EDJ 2007/272849): “Se observa cómo, el juzgador *a quo*, en el fundamento jurídico primero, analiza la prueba practicada en el acto de juicio oral, exponiendo, en

síntesis, que el acusado reconoció en instrucción haber pernoctado esa noche en la casa y que el día anterior, 28 de febrero de 2001, fue detenido en el mismo caserío el Sr. Claudio y ese mismo día los agentes cerraron de nuevo el inmueble con un alambre para impedir su ilícita ocupación, alambre que tuvo que violentar el recurrente el día 1 de marzo para acceder a su interior, consciente de la ausencia de autorización para su ocupación. Argumenta que los vestigios encontrados en el interior de la masía, a juicio de los agentes policiales que ratificaron el atestado, casaban perfectamente con la permanencia en la misma de ambos detenidos, entre ellos el acusado, exponiendo que resultaba contundente la declaración de la Sra. Lucía, propietaria del caserío ocupado, que manifestó que su esposo solía pasearse por dicho lugar y que éste último aviso a los moradores que se encontraban en la misma, entre ellos al acusado, para que se marcharan de dicho lugar haciendo caso omiso a sus requerimientos, añadiendo que *les habían roto un candado de entrada y existían en el lugar colchones y enseres ajenos a dicho inmueble*, concluyendo el juzgador que dichas manifestaciones sientan la intención de permanencia de sus moradores”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 17-9-2008, nº 800/2008, rec. 269/2008, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2008/258246): “El resto de las alegaciones que formulan estos recurrentes tampoco pueden prosperar ya que se refieren a la *ausencia de vocación de permanencia en el interior de la finca por parte de los recurrentes lo que resulta incompatible con la colocación de un candado en la puerta de acceso a la misma* o a entender que el delito ha sido cometido en grado de tentativa por el hecho de que la ocupación se limitara a unas horas puesto que durante ese espacio temporal el delito quedó consumado”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 29-6-2009, nº 524/2009, rec. 8/2009, Pte: Gimeno Jubero, Miguel Ángel (EDJ 2009/218649): “La inferencia que realiza la Juez de la instancia es acertada, sin que el corto tiempo de permanencia sea dato significativo, sobre todo porque *su salida fue por la acción policial, no por la propia voluntad*. Pero además, ha sido resultado probatorio que el acusado *violentó la cerradura, que la cerradura estaba cambiada al llegar los agentes con la titular y que se identificó como persona que vivía allí hacía tres meses*. Todos esos hechos base, y la falta de una explicación razonable por parte del acusado de cuál era la razón de su acceso a esa vivienda, pues en sede de instrucción, única vez que ha declarado, admitió que entró en ella y carece de título para vivir en ese domicilio (f. 28), son adecuados para inferir que se pretendía disfrutar del inmueble con su ocupación más o menos duradera”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 15-10-2009, nº 437/2009, rec. 264/2009, Pte: Ollero Butler, Carlos (EDJ 2009/295785): “Tanto María Cristina (titular y testigo) como los Policías Nacionales intervinientes en el lanzamiento... portadores de una resolución judicial al efecto, se percataron de la presencia en el local de *enseres que denotan precisamente la vocación de permanencia* que, según los recurrentes, falta para completar el tipo; pero se refieren en el plenario a la visión de pertenencias que denotan lo contrario: colchones, frigorífico, D.V.D., televisión pequeña, mesa baja, sofá, estanterías, microondas y ropa”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 28-9-2010, nº 1045/2010, rec. 217/2010, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2010/282140): “Es patente por las declaraciones de los propios acusados, que pretendían quedarse a vivir allí. Incluso llevaron a unas amigas para que les ayudasen a limpiar la casa. *El tiempo que fuesen a permanecer allí, unos días, meses o años, es indiferente para la realización del tipo*, puesto que *la permanencia de la que habla el Código Penal es la intención de quedarse*, es decir, no estar circunstancialmente en el lugar, sino *entrar para permanecer en el mismo*, y prueba de que eso iba a ser así, son sus propias declaraciones y su intención de *adecentar la casa para hacerla habitable*, lo que no se consiguió, pues fueron sorprendidos por la policía al haber sido avisados de que había unas personas extrañas en la casa, lo que configura que se les haya condenado por un delito intentado y no consumado”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2010, nº 441/2010, rec. 233/2010, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2010/316948): “Conforme se relata en la sentencia impugnada y no se cuestiona en el recurso deducido, la acusada se instaló junto con su marido y dos hijas en la vivienda propiedad del IVIMA *el día 4 de noviembre de 2003, en el que permaneció hasta el día 11 de diciembre del mismo año*, conociendo que era de titularidad ajena, lo que contradice las afirmaciones que se hacen en el recurso de que la ocupación era meramente ocasional o episódica, por lo que se reúnen en el caso los requisitos previstos en el art. 245.2 del C. Penal que, para su existencia, exige en la persona que accede al inmueble ajeno sin la voluntad de su dueño una idea de permanencia pues ocupar, verbo que se utiliza en dicho precepto, supone no solo acceder al inmueble sino que ha de efectuarse con una idea de permanencia y continuidad, y en este caso *ese propósito de permanecer en la vivienda quedó acreditado por el tiempo que estuvo en la misma*, y que la acusada pudo haber cuestionado si hubiera asistido al acto del juicio para ofrecer su versión sobre la finalidad de su entrada en ella, lo que no hizo por propia voluntad, pese a estar citada en legal forma, sin que, de otro lado, resulte procedente el examen sobre la existencia de circunstancia atenuatoria alguna al no haber concretado la parte recurrente ni de cual se trataba ni los hechos configuradores de la misma, por lo que el recurso ha de ser rechazado”. Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 25-11-2010, nº 888/2010, rec. 554/2010, Pte: Goenaga Olaizola, Reyes (EDJ 2010/361749): “En cuanto a la alegación de

que estamos ante una ocupación meramente temporal, el argumento no puede atenderse puesto que los dos recurrentes han mantenido desde su inicial declaración judicial que vivían en esta casa *desde hacía al menos tres meses y que pensaban permanecer en la misma hasta que encontraran algún otro alojamiento*. Debe descartarse, por lo tanto, que se encontraran allí sin vocación de permanencia”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 18-2-2011, nº 159/2011, rec. 28/2010, Pte: Llarena Conde, Pablo (EDJ 2011/68359): “Debe igualmente desestimarse la pretensión absolutoria asentada en la inexistencia de una voluntad de permanencia que (al decir de los recurrentes) se visualiza en que los apelantes (*tras residir durante más de dos meses en la vivienda*) la abandonaran tras haber prestado declaración ante el Juez instructor”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 9-5-2011, nº 315/2011, rec. 62/2011, Pte: Ingelmo Fernández, Ana (EDJ 2011/145094): “Está probado que la vivienda estaba protegida por unos tablonos y que la recurrente tomó posesión de la misma, *instalando un candado para asegurarse la posesión en exclusiva*. Ello se desprende de la testifical practicada y de la propia declaración de la recurrente resultando ilógico que adoptara la precaución de colocar un candado, si sólo pensaba pernoctar una noche. Tal dato permite inferir que la recurrente tenía intención de permanencia en el uso de la vivienda”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2012/119783): “Situación que es de apreciar en el presente caso en la acusada apelante, que después de introducirse en la vivienda de su tía *violentando la puerta de acceso desde el balcón*, y, posteriormente, *cambió la cerradura del inmueble para impedir el acceso de sus posibles titulares*, y el día siguiente, al comprobar que la propiedad le ha sacado a la calle sus enseres personales y ha sustituido nuevamente la llave de acceso, *vuelve a introducirse en la casa utilizando el mismo método y repite el cambio de cerradura* con claro ánimo de permanencia, como se evidencia en el hecho de que no se marcha del inmueble hasta dos meses después de haber declarado en estas actuaciones en calidad de imputada, conociendo la pertenencia de la casa a la denunciante, que previamente le había requerido al desalojo sin éxito. Se trata pues de una ocupación de inmueble ajeno que en modo alguno podemos calificar de esporádica o pasajera, sino de cierta continuidad en el tiempo”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 31-5-2012, nº 428/2012, rec. 9/2012, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2012/142089): “La estancia de *más de un año* en la citada vivienda acredita su deseo de permanencia en la misma”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 25-6-2012, nº 658/2012, rec. 180/2012, Pte: Figueras Izquierdo, Aurora (EDJ 2012/281686): “Se ha *mantenido durante un año* en la misma por lo que, contrariamente a lo que alega la apelante, existía vocación de permanencia pues como ya fundamenta la resolución recurrida *sabía que un procedimiento judicial se dirigía contra ella y aun así permaneció en la vivienda*”. Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 24-5-2013, nº 158/2013, rec. 1204/2012, Pte: Maeso Ventureira, Augusto (EDJ 2013/312568): “*El cambio de cerradura por parte de éstos y los meses durante los que ocuparon el inmueble conllevan una clara permanencia en la ocupación*. Claramente el cambio de cerradura constituye un signo mediante el que los ocupantes asumen por la vía de hecho la facultad de utilización del inmueble y su voluntad de excluir de dicho uso al resto de personas, incluido el propietario del mismo”. Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 5ª, S 23-9-2013, nº 454/2013, rec. 269/2013, Pte: Fariña Conde, Victoria Eugenia (EDJ 2013/198475): “La *vocación de permanencia resulta del hecho de que cambiasen la cerradura de la puerta de arriba*, de lo declarado por D. Iván Se dice también por los apelantes que la propietaria no les hizo constar su disconformidad con su permanencia en la vivienda y que la ocupación carecía de vocación de permanencia. La vocación de permanencia resulta del hecho de que cambiasen la cerradura de la puerta de arriba, de lo declarado por D. Iván, que preguntado si la propietaria les había manifestado que no podían permanecer allí, dice claro, pero ellos dijeron que no tenían otro sitio a dónde ir; e igualmente D. Ángel Daniel manifiesta que estaba en la calle y no tenía a dónde ir y que le dijeron a la propietaria que estarían allí unos días para no estar en la calle; así como de la declaración de los Policías Nacionales num.- NUM001 que dice: “ellos le indicaron a la propietaria los pasos a seguir y ellos dijeron que estaban ocupando la casa y que se quedaban”, dependiendo en este caso que la ocupación del inmueble no se prolongase en el tiempo, del aviso de la vecina Dª Sabina a la policía al verlos y oírlos, y de la actuación de ésta tras la denuncia formulada por la propietaria, pues los acusados no abandonan la vivienda ni siquiera después de que el 26-2 se presentasen en la misma la Policía y la propietaria, de ahí, que, aunque efectivamente la propia Dª Angustia admite que cuando entró en la vivienda el 26 de febrero no habló a los acusados, de las propias declaraciones de éstos se desprende claramente que eran conscientes y conocedores de que la vivienda no estaba ni ruínosa ni aparentemente abandonada, que no eran titulares de la misma, que carecían de la autorización de la propietaria, tanto para entrar en ella, como para, una vez entraron, continuar en su posesión, voluntad contraria de la propietaria que se patentiza claramente, tanto al acudir con la policía, como al formular denuncia, poniendo de relieve lo manifestado por el Policía Nacional NUM001 que aún tras la presencia de los mismos y de la propietaria el 26-2 persistían en su permanencia en la vivienda”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 30-4-2014, nº 337/2014, rec. 338/2013, Pte: Barrientos

➤ *Ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales*

Como ya expusimos, existe un sector doctrinal y jurisprudencial que pretende restringir el ámbito de aplicación del artículo 245.2 del Código Penal, so pretexto de existir una protección del patrimonio inmobiliario en el orden jurisdiccional civil, a través de las acciones registrales y juicios verbales de tutela sumaria de la posesión. Consideran que no debe producirse la intervención penal en tres supuestos:

- Las conductas que no supongan un riesgo (ni lesión, ni peligro) para el bien jurídico protegido.
- Las ocupaciones de fincas abandonadas y en las que no exista una posesión socialmente manifiesta.
- Las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales⁶⁹⁵.

Pacho, Jesús María (EDJ 2014/95935): “Una vocación de permanencia que en el caso actual se infiere invariablemente de la propia conducta admitida por los acusados, de *haber procedido a adecuar el espacio ocupado a las condiciones de vida propias de un hogar*, aun sabiendo que ni era de su titularidad ni disponían de título alguno que les habilitase a permanecer en su ocupación como lo hicieron”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 8-10-2014, nº 347/2014, rec. 60/2014, Pte: López Pujante, José Francisco (EDJ 2014/210046): “No puede confundirse vocación de permanencia con la intención de ocupar la vivienda indefinidamente, y en el presente caso la vivienda en cuestión *sí estuvo ocupada por un periodo suficientemente largo como para entender que hubo cierta vocación de permanencia*, pues Beatriz manifiesta en su declaración de 26 de mayo de 2011 que lleva ocupando la vivienda desde febrero del mismo año, es decir, *más de tres meses*, lo que no ha sido puesto en duda por el apelante”.

⁶⁹⁵ Vid., GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 476-477; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*... *Op. cit.*, Págs., 445-446; MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1962; GALLEGU SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 544; GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 4; MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 344-345; HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 294; ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.). Ed. Atelier, 3ª edición adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. Barcelona, 2011. Pág., 255; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., Y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 163; CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 224; ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*... *Op.*

cit., Págs., 564-565; BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Págs., 911-913; ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 320; FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1319; BAUCCELLS I LLADOS, J.: << La ocupación pacífica de viviendas deshabitadas y el nuevo Código Penal a la luz del principio de intervención penal mínima >> en *Revista Jurídica de Catalunya*. Nº 3. Año XCVI. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, editores. Barcelona, 1997. Págs., 684-703; LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*... Pág., 4-5; MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 957-959; CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 812-816; RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, Mª.P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*... *Op. cit.*, Págs., 149-150; GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist*... *Op. cit.*, Págs., 4-5; OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... *Op. cit.*, Págs., 62-71; CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado*... *Op. cit.*, Pág., 542; DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 766-767; PINTÓ RUIZ, J.J.: << El fenómeno “Okupa”: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? >> en *Economist&Jurist*. Nº 108. Año XV. Marzo, 2007. Grupo difusión. Págs., 30-31; CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.): *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*... *Op. cit.*, Págs., 533-535; MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*... *Op. cit.*, Pág., 89; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 5-6; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 397; ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar*... *Op. cit.*, Pág., 53-54; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*... *Op. cit.*, Págs., 81 y ss. “En realidad es un tema que debe ser resuelto en vía administrativa, a través de las fuerzas de seguridad. El Derecho penal no debe criminalizar estas situaciones, pues entiendo rebasa el “principio de intervención mínima”. Otra cosa son los problemas que pueden plantear en el momento del desalojo, si se emplea violencia o se niegan a obedecer la orden de abandonar el lugar”. SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 408; y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial. II (1) Delitos contra el Patrimonio*... *Op. cit.*, Págs., 401-402. “En relación con este tipo penal... vienen plenamente a cuento... las palabras de Quintano, cuando señala que el sistema de penalizar indiscriminadamente todas las ilicitudes en materia inmobiliaria, acarrearía más inconvenientes que ventajas, por acreditarse suficientes los medios defensivos de la propiedad inmueble establecidos en el Derecho privado, del que el penal debe constituir tan sólo el imprescindible necesario complemento, en perspectiva de *ultima ratio*”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*... *Op. cit.*, Pág., 392. Un sector de la Jurisprudencia menor establece: Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 6-9-2001, nº 458/2001, rec. 4362/2001, Pte: Carmona Ruano, Miguel (EDJ 2001/54826): “A falta de sentencia alguna de la Sala 2 del Tribunal Supremo referida a este nuevo tipo delictivo introducido por el art. 245.2 del Código Penal de 1995, diversas Audiencias Provinciales, en los últimos años, han llevado a cabo un intento de diferenciación que se puede sistematizar en los distintos puntos: 1.- No puede reputarse punible cualquier perturbación de la posesión, incluso aquéllas que se desarrollen bajo la forma de ocupación, sino sólo las ocupaciones que supongan un riesgo para el bien jurídico protegido de la posesión por el titular (SS. A.P. Cádiz, Sec. 8ª 6/10/2000; A.P. Las Palmas, Sec. 1ª, 13/10/2000). Conforme a ello, la ocupación punible sólo sería aquélla en que el ocupante tiene la intención evidente de ejercer derechos posesorios sobre el inmueble ocupado (S A.P. Burgos, Sec 1ª, 17/1/2000; S A.P. Córdoba, Sec 1ª, 9/10/2000), lo que se puede poner de manifiesto con la permanencia en la vivienda ocupada (Córdoba, S. cit.) 2.- Conforme a este criterio no serían punibles las ocupaciones de fincas abandonadas (Las Palmas, S. cit.), ni aquéllas en las que no exista una posesión “socialmente manifiesta” (Las Palmas, S. cit.). El mismo espíritu se deja ver en la S. de la A.P. Madrid, Sec. 5ª de 9/10/2000. 3.- Del mismo modo tampoco serían punibles con arreglo a este tipo pena las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras

entradas para dormir (S. A.P. Málaga, Sec. 2ª, 9/10/2000, en las que se citan, en el mismo sentido las SS. A.P. Palma de Mallorca 29/10/97; SS A.P. Zaragoza de 13/7/98, 28/10/98 y 12/6/99, S A.P. Gerona, 3/5/99 y S A.P. Segovia 29/10/98), sino que sería necesaria la permanencia en la habitabilidad jurídica de la finca y un requerimiento para que cese (S Zaragoza, 16/6/2000). En el mismo sentido, la S. A.P. Granada, Sec. 1ª de 29/5/2000 entiende que el hecho punible ha de consistir en un apoderamiento físico del inmueble, que ocasione una desposesión continuada, permanente y estable en el tiempo del titular. En contra, entendiendo incluidas también ocupaciones ocasionales, S A.P. Guipúzcoa, Sec. 3ª, 6/6/2000)". Con las mismas o semejante palabras, *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2003/133177); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro (EDJ 2003/149138); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2007/219115); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 9-5-2008, nº 271/2008, rec. 47/2008, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2008/112590); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquiva Bartolomé, Mª Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, S 30-10-2008, nº 529/2008, rec. 2112/2008, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2008/281466); Audiencia Provincial de Albacete, sec. 1ª, S 4-6-2010, nº 81/2010, rec. 7/2010, Pte: Mateos Rodríguez, Manuel (EDJ 2010/145453); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 10-11-2010, nº 384/2010, rec. 160/2010, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2010/330130); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 13-1-2011, nº 18/2011, rec. 3/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio (EDJ 2011/149874); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 2ª, S 4-3-2011, nº 60/2011, rec. 304/2010, Pte: Acosta González, Nicolás (EDJ 2011/141836); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 11-5-2011, nº 266/2011, rec. 99/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio (EDJ 2011/213610); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 31-10-2011, nº 541/2011, rec. 193/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio (EDJ 2011/355279); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 19-1-2012, nº 5/2012, rec. 85/2011, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2012/7443); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 29-5-2012, nº 303/2012, rec. 96/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco (EDJ 2012/215038); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 26-4-2013, nº 294/2013, rec. 29/2013, Pte: Roa Nonide, Alejandro (EDJ 2013/110682); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 5-3-2014, nº 94/2014, rec. 5/2014, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58524); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa Mª (EDJ 2014/47368); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 28-3-2014, nº 98/2014, rec. 3/2014, Pte: Morillo Ballesteros, Mª Oliva (EDJ 2014/199682); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 3-6-2014, nº 254/2014, rec. 507/2014, Pte: Blas García, Javier de (EDJ 2014/99999); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 11-6-2014, nº 355/2014, rec. 6903/2013, Pte: Echavarri García, Mª Auxiliadora (EDJ 2014/137318); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 254/2014, rec. 116/2014, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2014/154264). Otras resoluciones judiciales también excluyen las ocupaciones con aire esporádico y pasajero: Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 29-4-2009, nº 345/2009, rec. 133/2009, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2009/100476); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 15-3-2010, nº 88/2010, rec. 45/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396224); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 19-4-2010, nº 243/2010, rec. 105/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396474); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 7-6-2011, nº 383/2011, rec. 164/2011, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2011/388118); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 27-12-2011, nº

De los tres supuestos referidos el primero ha sido ampliamente expuesto al tratar el bien jurídico protegido. Compartimos plenamente la idea de que la ausencia de riesgo para el bien jurídico protegido determine la ausencia de intervención penal. Si bien; como ya se ha mencionado con anterioridad *“es preciso determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por tanto no serían delictivas”*⁶⁹⁶. Ello supone que al considerar la ocupación pacífica de bienes inmuebles como un tipo pluriofensivo (patrimonio inmobiliario, orden público y seguridad del tráfico) será posible considerar antijurídicas distintas conductas que si se estima que estamos simplemente ante un delito uniofensivo (V. gr., posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad).

La segunda de las posibilidades alegadas por la Doctrina y Jurisprudencia para restringir la aplicación del delito estudiado fue objeto de análisis al tratar el objeto material y la función social de la propiedad respecto de los inmuebles ocupados.

La última de las vías de exclusión del Derecho Penal es el de las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales⁶⁹⁷.

601/2011, rec. 7614/2011, Pte: Sánchez García, M^a Dolores (EDJ 2011/339823); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7^a, S 19-3-2013, n^o 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1^a, S 25-4-2013, n^o 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2013/294826); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1^a, S 15-7-2013, n^o 341/2013, rec. 116/2013, Pte: Muñoz Quintana, M^a Teresa (EDJ 2013/151470): “De ahí que gran parte de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales hayan interpretado el verbo ocupar contenido en este tipo penal referido a la instalación en inmueble ajeno, con cierto aire de continuidad y permanencia, es decir, *no con carácter esporádico y pasajero*”.

⁶⁹⁶ Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1^a, S 21-4-2003, n^o 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239).

⁶⁹⁷ “La entrada y salida o una permanencia breve o el abandono del lugar a requerimiento del titular no genera este delito”. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 446. “Una cosa es el refugio durante unos días de frío excepcional y otra la ocupación continuada cuando la situación de necesidad ha concluido”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223.

La usurpación impropia, señala MARTÍNEZ GARCÍA, en su modalidad de ocupación “se consuma con la introducción en el bien inmobiliario que no constituya morada, a condición de que haya verdadera voluntad de permanencia, quedando impune cualquier entrada que tenga una finalidad distinta por parte del responsable del hecho, como sería la ocasional o episódica, que siempre se entenderá que es tal... cuando por el simple y corto espacio temporal en que tenga lugar no permita deducir racionalmente una verdadera intención de permanecer de manera estable en el inmueble de que se trate por parte del sujeto que accedió a su interior”⁶⁹⁸.

Para GÓMEZ IBARGUREN, “no podrían considerarse como delito aquellas conductas propias de personas "sin techo" que pernoctasen o utilizasen un inmueble no constitutivo de morada de forma temporal, pero sin ánimo de utilizarlo de forma continuada”. En la misma línea ORTS BERENGUER, GONZÁLEZ CUSSAC, MATALLÍN EVANGELIO, Y ROIG TORRES al requerir, para que se realice la conducta típica, que se trastoque el ejercicio legítimo de la posesión, lo que entienden que no sucede con una entrada ocasional o pernocta durante una breve temporada, sin autorización debida. Y CORCOY BIDASOLO para quien “las ocupaciones transitorias serían atípicas porque no hay ánimo de ejercer derechos posesorios”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 960. “El problema radica en excepcionar del tipo del injusto aquellos casos en que, por no actualizarse efectivamente la posesión sobre el bien ocupado dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o por la inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios, ya sea por la breve duración de utilización de la finca, ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical, debe aplicarse el principio de intervención mínima”. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*... *Op. cit.*, Pág., 89.

⁶⁹⁹ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 11; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATALLÍN EVANGELIO, A., Y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 163; ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*... *Op. cit.*, Pág., 565; CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.): *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*... *Op. cit.*, Pág., 534. “La doctrina de los tribunales parece excluir las meras ocupaciones temporales, como las entradas para dormir, siendo necesario que concurra la “permanencia en la habitabilidad antijurídica” e incluso un requerimiento formal previo de abandono por parte del titular del bien... Un argumento que se esgrime a favor de estas tesis restrictivas es que el tipo utiliza la expresión “contra la voluntad de su titular” en lugar de “sin su voluntad””. ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 255. Referido a la ocupación violenta dice PÉREZ MANZANO: “Las simples perturbaciones transitorias no integran el delito exigiéndose una voluntad de permanencia”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 432. “En los casos de fugacidad de la ocupación (dormir en un piso ajeno con la puerta abierta, sin pertrechos, etc.), de lamentable estado de abandono y destartalamiento del inmueble sin requerimiento de desalojo, de dejación por la propiedad de sus

Se entiende que es ocasional o episódica la entrada que no tenga una finalidad de permanencia, la cual se entenderá que es tal, cuando por el simple y corto espacio temporal en que tenga lugar no permita deducir racionalmente una verdadera intención de permanecer de manera estable en el inmueble de que se trate por parte del sujeto que accedió a su interior⁷⁰⁰.

facultades inherentes a la efectiva posesión, incluso de ausencia de requerimiento y de manifestación contraria expresa para que se desaloje la vivienda, se iría demasiado lejos dando al supuesto enjuiciado un carácter penal". GARCÍA PÉREZ, J.J.: << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1804. "En consecuencia, debido a la exigencia de la permanencia en la acción de ocupar, las entradas y salidas de inmuebles o las ocupaciones temporales no serían típicas respecto a estos delitos al no suponer una subrogación en la posición del titular". BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 21-22.

⁷⁰⁰ MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario... Op. cit.*, Pág., 89. "La ocupación ha de estar configurada por una cierta voluntad de duración o permanencia, de riesgo para la posesión, lo que excluye la estancia fugaz u ocasional". DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del "fenómeno okupa" >> en *SepínNET revista. Práctica penal... Op. cit.*, Pág., 28. "La ocupación de la vivienda y mantenimiento en ella que no debe ser puntual o episódica, sino con vocación de permanencia y de convertirla en domicilio habitual". DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 774. *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-5-2003, rec. 34/2003, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2003/53690); Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 30-7-2004, nº 59/2004, rec. 60/2004, Pte: Pérez Serna, Jesús (EDJ 2004/140164); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-11-2007, nº 696/2007, rec. 241/2007, Pte: Uceda Sales, Sara (EDJ 2007/272849): "La primera modalidad se consuma con la introducción en el bien inmobiliario que no constituya morada, a condición de que haya verdadera voluntad de permanencia, *quedando impune cualquier entrada que tenga una finalidad distinta por parte del responsable del hecho, como sería la ocasional o episódica*, que siempre se entenderá que es tal, "in dubio pro reo", cuando por el simple y corto espacio temporal en que tenga lugar no permita deducir racionalmente una verdadera intención de permanecer de manera estable en el inmueble de que se trate por parte del sujeto que accedió a su interior". Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 24-11-2004, nº 228/2004, rec. 1112/2004, Pte: Moreno Galindo, Ana Isabel (EDJ 2004/230093); Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 20-6-2007, nº 157/2007, rec. 97/2005, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J. (EDJ 2007/202111); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 2-1-2009, nº 731/2009, rec. 519/2007, Pte: Sánchez Cano, Mª Jesús (EDJ 2009/18090); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 3-3-2010, nº 16/2010, rec. 127/2009, Pte: Vicente de Gregorio, Marta (EDJ 2010/48181); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2011/395951); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 16-10-2012, nº 323/2012, rec. 189/2012, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2012/379875): "*No puede reputarse punible cualquier perturbación de la posesión*, incluso aquellas que se desarrollen bajo la forma de ocupación, sino sólo las ocupaciones que supongan un riesgo para el bien jurídico protegido de la posesión por el titular, de tal manera que la ocupación punible sólo sería aquella en que el ocupante tiene la evidente intención de ejercer derechos posesorios sobre el inmueble ocupado, y, conforme a este criterio, *no serían punibles, con arreglo a este tipo penal, las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales*". Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114): "En ambos casos, la ocupación penalmente perseguida implica desposeer a alguien de bienes y derechos reales que le pertenecen legítimamente, a través del

apoderamiento físico del inmueble. Esta disposición ha de ser continuada, permanente, estable en el tiempo, contando con un elemento subjetivo en este sentido: el de mantenerse en la casa con ánimo de morar en ella; por lo que la referida sentencia absuelve a los acusados del delito de usurpación, al considerar que sólo se disponían a dormir en una colchoneta en el piso deshabitado en el que fueron detenidos, por lo que se trataría de un aprovechamiento temporal, transitorio u ocasional" S.A.P. de Zaragoza de fecha 28/10/98 que absolvió a una abuela y a su nieta de 15 años, embarazada, que permanecieron durante varias jornadas en un inmueble deshabitado, empleando similar argumentación. La S.A.P. de Gerona de fecha 3/5/99 que afirma que: "el tipo requiere también una voluntad de permanencia y continuidad con el fin de hurtar la posesión legítima de su propietario; y lo único que se pudo probar es que uno de los acusados pasó la noche en el inmueble." La S.A.P. de Baleares de fecha 29/10/97 que afirmaba que : "la protección penal va dirigida a preservar los derechos del poseedor civil, por lo que sólo una conducta dirigida a contrariar tal legítima posesión puede considerarse merecedora de la sanción penal; y, en concreto, la actuación imputada únicamente consistió en penetrar en el inmueble para pernoctar, y ello de forma esporádica y pasajera" La S.A.P. de Zaragoza de fecha 12/6/99 que afirma: " que el delito requiere una clara intención de ocupación y mantenimiento en un inmueble ajeno contra la voluntad de su morador; ignorándose en el caso de autos el tiempo de permanencia del acusado en el cuarto trastero, salvo una noche que entró a dormir, siendo descubierto por la mañana, lo que descarta esa intencionalidad. La S.A.P. de Segovia de fecha 29/10/98 afirma: "que no quedarían comprendidas dentro del tipo penal, en consecuencia, por su escasa o nula significación del riesgo para la posesión, por ejemplo, la entrada ocasional en vivienda desocupada por un vagabundo para dormir"". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 8-7-2005, nº 342/2005, rec. 233/2005, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2005/185674): "Al ser la acción imputada la ocupación, sin la autorización debida y a sabiendas o con conocimiento de la ajenidad de un inmueble ajeno que no es morada, sin que sea exigible la existencia de requerimiento alguno por parte del propietario o la mayor o menor habitabilidad de la vivienda en cuestión, y sin que tampoco estemos en ninguno de *los casos que podrían considerarse no punibles, como las ocupaciones de fincas abandonadas ni las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales*, como pueden ser las meras entradas para dormir, por todo lo cual resulta procedente revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, condenar a Luisa, como autora de un delito de usurpación". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/197095); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 3-12-2010, nº 343/2010, rec. 152/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/402594); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2011/395951); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224): "Sólo la usurpación con vocación de permanencia puede quedar incluida en el ámbito penal, *quedando extramuros de la misma todos aquellos supuestos en los que nos encontremos ante una mera estancia transitoria* que en absoluto haya impedido al titular el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble (así lo han proclamado, entre otras muchas, la sentencia de la A.P. de Girona de 24 feb. 1998, A.P. de Vizcaya Sección 2ª de 31 de marzo de 2003; A.P. de Sevilla, Sección 3ª de 13 de noviembre de 2003, y de Madrid, Sección 2ª de 16 de julio de 2003)". Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 27-7-2009, nº 531/2009, rec. 527/2009, Pte: Ramírez Souto, Fátima (EDJ 2009/279893); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 19-5-2010, nº 386/2010, rec. 230/2010, Pte: Ayala García, Juan Mateo (EDJ 2010/249886): "No es suficiente para cumplir el tipo el acceso a un inmueble careciendo de la correspondiente autorización, sino que dicho acceso debe efectuarse con la intención de permanecer de forma estable en el inmueble, pues no debe olvidarse que en el precepto no se sanciona al que accediere a un inmueble, sino al que lo ocupare o se mantuviere (permaneciere) en él, *quedando excluidas las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras entradas para dormir*". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 4-2-2010, nº 125/2010, rec. 5/2010, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2010/46395): "*Tampoco serian punibles con arreglo a este tipo penal las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras entradas para dormir*, sino que sería necesaria la permanencia en la habitabilidad jurídica de la finca". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 6-6-2011, nº 495/2011, rec. 96/2011, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2011/164084); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 22-3-2012, nº 316/2012, rec. 29/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/68246); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 6ª, S 26-4-2012, nº 96/2012, rec. 63/2012, Pte: Goizueta Adame, José Luis (EDJ 2012/112531): "*No son punibles las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales*". Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 7-10-2011, nº 553/2011, rec. 159/2011, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2011/286876); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 28-3-2014, nº 98/2014, rec. 3/2014, Pte: Morillo Ballesteros, Mª Oliva (EDJ 2014/199682): "*Quedando excluidas en consecuencia las*

ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras entradas para dormir”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 14-10-2011, nº 850/2011, rec. 179/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261916); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-10-2011, nº 861/2011, rec. 194/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261929); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2012/119783); Audiencia Provincial de Girona, sec. 3ª, S 31-1-2014, nº 71/2014, rec. 1148/2013, Pte: Capdevila Salvat, Carmen (EDJ 2014/188200): “Este tipo requiere para su existencia: 1).- El requisito del “corpus” o tenencia material de la cosa. 2).- El requisito del animus, entendido como intención o voluntad de exclusividad en la detentación, elemento imprescindible para que proceda la aplicación de la figura enjuiciada, pues si la voluntad del ocupante no engloba una decidida intención de contrariar la legítima posesión del titular inmobiliario, sino que se limita a procurarse *una utilización o aprovechamiento pasajeros, transitorios u ocasionales, su conducta no puede entenderse subsumida en el mismo*”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 27-12-2011, nº 601/2011, rec. 7614/2011, Pte: Sánchez García, Mª Dolores (EDJ 2011/339823): “No es cualquier ocupación la que está contemplada en el precepto contenido en el artículo 245.2 del C.P., sino sólo aquella ocupación que realmente signifique un riesgo para la posesión, que es el bien jurídico protegido y, como ya se ha dicho, a los efectos de la aplicación del tipo, el término “ocupar”, viene siendo entendido como la instalación en un inmueble ajeno, con cierto aire de continuidad y permanencia, es decir, no con carácter esporádico y pasajero. Por ello *quedan excluidas las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras entradas para dormir*”. Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 19-1-2012, nº 5/2012, rec. 85/2011, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2012/7443); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 8-6-2012, nº 248/2012, rec. 1390/2011, Pte: Barbarín Urquiaga, Mª Josefa (EDJ 2012/359349): “*No quedarían comprendidos dentro del tipo legal*, por su escasa o nula significación de riesgo para la posesión, por ejemplo, *la entrada ocasional en una vivienda desocupada de un vagabundo para dormir*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 18-6-2012, nº 578/2012, rec. 90/2012, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2012/179922): “No es punible la ocupación de fincas abandonadas o ruinosas *ni las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser la mera entrada para dormir*”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 29-5-2012, nº 303/2012, rec. 96/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco (EDJ 2012/215038); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 26-10-2012, nº 542/2012, rec. 232/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco (EDJ 2012/345441): “De ese modo, la ocupación punible solo sería aquella en que el ocupante tiene la intención evidente de ejercer derechos posesorios sobre el inmueble ocupado (SAP Burgos Sección 1ª de 17 enero de 2000 ó SAP Córdoba Sección 1ª de 9 de octubre de 2000), lo que se puede poner de manifiesto con la permanencia en la vivienda ocupada, razón por la cual no serían punibles las ocupaciones de fincas abandonadas o ruinosas (SAP Barcelona Sección 3ª de 16 enero de 2003 ó SAP Huelva Sección 1ª de 5 febrero de 2004), ni tampoco las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras entradas para dormir (SAP Málaga Sección 2ª de 9 octubre de 2000) o sin vocación de permanencia (SAP Barcelona Sección 5ª de 14 mayo de 2003 ó SAP Valencia Sección 4ª de 9 mayo de 2001). Por ello se dice que el hecho punible ha de consistir en un apoderamiento físico del inmueble, que ocasione una desposesión continuada, permanente y estable en el tiempo del titular (SAP Granada, Sección 1ª, de 29 mayo de 2000)”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 5-11-2013, nº 1022/2013, rec. 195/2013, Pte: Iglesias Martín, José Carlos (EDJ 2013/286420): “El tipo penal exige una vocación de permanencia, quedando *extramuros del derecho penal la usurpación ocasional o episódica* en consonancia con el principio de última ratio y proporcionalidad del derecho penal”. Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-2-2014, nº 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2014/22830): “El requisito de una cierta permanencia en la ocupación parece obligado, para excluir del tipo las simples perturbaciones posesorias con escaso contenido antijurídico (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1.982), y ello en atención a la supresión, desde el Anteproyecto de 1992, del verbo “penetrar” que la Propuesta de 1983 recogía junto al verbo “ocupar”, siendo de reseñar que la proyección temporal del verbo “ocupar” supera a la del verbo “penetrar” o al término “introducirse”. Por ello *no serán punibles con arreglo a este tipo penal las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales*, como pueden ser las meras entradas para dormir o sin vocación de permanencia alguna”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 20-6-2014, nº 189/2014, rec. 408/2013, Pte: Molina Romero, Lourdes (EDJ 2014/196266): “De suerte, que no serían punibles las ocupaciones de fincas abandonadas o ruinosas ni aquellas que exista una posesión “socialmente manifiesta”. Del mismo modo *tampoco serían punibles con arreglo a este tipo penal, las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales*, como pueden ser las meras entradas para dormir o sin vocación de permanencia”.

Consideran que no son típicas las entradas y salidas de los inmuebles o las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, todos aquellos que exigen en la acción del sujeto activo una subrogación en la posición del titular⁷⁰¹.

➤ *Basta con entrada*

No faltan autores que suprimiendo a la acción de toda idea de permanencia consideran que la conducta típica de ocupación meramente consiste en la “entrada en el inmueble”. Así, MESTRE DELGADO parece excluir de la conducta típica cualquier voluntad del sujeto activo de subrogarse en la situación del titular, pues para el referido autor la ocupación pacífica “es la mera utilización pacífica de un inmueble vacío, con la que no se desarrolla, además, ningún efecto coactivo sobre su titular (pues no dice el tipo que con tal ocupación se impida al dueño el ejercicio del derecho de venta del mismo, ni se le cause ningún otro perjuicio semejante)”; y CALDERÓN CEREZO quien sostiene que “no se exige la producción de ningún resultado respecto de la obtención de utilidad o causación de daños, por lo que pudieran considerarse comprendidos en el tipo las ocupaciones pacíficas con valor o significado meramente simbólico”⁷⁰².

⁷⁰¹ BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* *Op. cit.*, Pág., 130. “Estamos ante un delito de tracto sucesivo que se consuma en el mismo momento que se produce, siempre que se cumplan los elementos del tipo, y cuyos efectos perduran a lo largo del tiempo. Para su consumación, además, será necesario que se produzca una ocupación efectiva del bien inmueble que permita al sujeto o sujetos ocupantes ejercer los mismos derechos dominicales *de facto* que corresponderían ejercer a su titular legítimo de tener la libre disposición de su propiedad”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* *Op. cit.*, Pág., 6.

⁷⁰² MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 344. CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 224. “La conducta típica de ocupación implica la entrada en el inmueble, con independencia del modo en que se produzca el acceso, siendo irrelevante que se emplee fuerza en las cosas”. GALLEGU SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 544. “Ocupar sin autorización debida: supone el acceso ilícito, y la falta de autorización o consentimiento del dueño o propietario”. NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 381. “El que en el nuevo Código Penal, el hecho de que la conducta sea punible, no cuando se dan las dos actuaciones, ocupar y mantenerse (es decir entrar y permanecer), sino indiferentemente una u otra, pudiera tener una finalidad”. ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar...* *Op. cit.*, Pág., 55. “La acción consiste en entrar en una vivienda o edificio ajenos, que no constituyan morada, sin autorización; o la conducta pasiva de mantenerse en la misma contra la voluntad de sus titular”. SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial...* *Op. cit.*, Pág., 409. Estos dos autores, aunque obvian toda referencia a la duración de la ocupación en el

Por contraposición a la figura tipificada en el apartado 1 del artículo 245 del Código Penal, MACIÁ GÓMEZ Y ROIG ALTOZANO, afirman que “en el párrafo segundo se castiga la *ocupación, transitoria a más permanente*, de un inmueble que no constituya morada”⁷⁰³.

Un sector de la Jurisprudencia *menor* sostiene que la permanencia en el disfrute de la vivienda no es un requisito exigido por el tipo penal el cual sólo exige la ocupación sin autorización debida.

Para cometer estos delitos basta con una perturbación del pacífico ejercicio de un derecho inmobiliario, dado que el precepto no distingue entre ocupación temporal y definitiva, con intención de apropiación; por ello se distinguen las siguientes hipótesis, con un tratamiento distinto según el bien jurídico comprometido:

- El allanamiento de morada, sin propósito expropiativo, se tipifica y castiga en el artículo 202 CP, como un delito contra la inviolabilidad del domicilio.
- La ocupación expropiativa violenta o intimidativa de un bien inmueble o de un derecho real inmobiliario se tipifica y sanciona como delito contra la propiedad en el apartado 1 del art. 245, en concurso ideal con el anterior, si se tratase de una morada ajena.

estudio que hacen de la impropia o pacífica, en la propia o violenta dicen: “La consumación del delito se produce en el momento de la ocupación del inmueble o usurpación del derecho real. Ha de tratarse de una ocupación que se pretende sea definitiva”. SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, Pág., 408. Más vacilante en su postura, es GÓMEZ IBARGUREN, quien comentando este artículo y refiriéndose a la primera forma de comisión de este delito, ocupar sin autorización debida, dice: “conlleva la entrada de un inmueble que no constituya morada contra la voluntad de su titular... que se consumará desde el momento que se lleve a cabo la ocupación”. En otras páginas de su comentario, este mismo autor, exige además “que se haya de actuar a título de dueño, el sujeto tiene que tener tal intención”; lo que supone algo más que la mera entrada. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Págs., 10 y 12.

⁷⁰³ MACIÁ GÓMEZ, R., Y ROIG ALTOZANO, M.: *Nuevo Código Penal de 1995*. Ed. Cedecs (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales). Barcelona, 1996. Pág., 458.

- La ocupación no violenta de un bien inmueble que no constituya morada, cualquiera que sea su finalidad, se tipifica y castiga por el art. 245.2 como un delito contra la pacífica posesión de aquél⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 958; MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*... *Op. cit.*, Pág., 89. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 26-12-2013, nº 862/2013, rec. 390/2013, Pte: Herrero Enguita, Sagrario (EDJ 2013/289612): “Nada impide entender que el precepto *no distingue entre ocupación temporal y definitiva*. Será preciso que el hecho cause una perturbación significativa a la pacífica posesión del bien ocupado”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-9-2005, nº 395/2005, rec. 5257/2005, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2005/244096); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670): “La literalidad del artículo 245 es equívoca; y de su ubicación sistemática dentro del Título tampoco permite obtener conclusiones firmes. En efecto, puede entenderse que la usurpación es una figura genérica de apoderamiento, que comprende la ocupación violenta o intimidativa (apartado 1) y la no violenta (apartado 2), limitada a inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada. La Sentencia 190/2003, de 31 de marzo, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, parece compartir este criterio. De suscribirse, no constituirían usurpación las ocupaciones que no tuvieran como finalidad hacerse con el dominio del inmueble. Sin embargo, *nada impide entender que el precepto no distingue entre ocupación temporal y definitiva, con intención de apropiación*; y resulta más coherente metodológicamente discernir las siguientes hipótesis, con un tratamiento distinto según el bien jurídico comprometido: (a) El allanamiento de morada, sin propósito expropiativo, se tipifica y castiga en el artículo 202 del Código Penal, como un delito contra la inviolabilidad de domicilio. (b) La ocupación expropiativa violenta o intimidativa de un bien inmueble o de un derecho real inmobiliario se tipifica y sanciona como delito contra la propiedad en el apartado 1 del artículo 245, en concurso ideal con el anterior, si se tratase de una morada ajena. (c) La ocupación no violenta de un bien inmueble que no constituya morada, cualquiera que sea su finalidad, se tipifica y castiga por el artículo 245.2 como un delito contra la pacífica posesión de aquél. En este último caso, si se quiere estar atento a las exigencias del principio de irrelevancia de las bagatelas o actos que no entrañan lesión o peligro significativos para el bien jurídico protegido (tema de actualidad, tras la doctrina acogida últimamente por un buen número de sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: por más reciente, la 184/2004, de 13 de febrero) y a la luz del principio de intervención penal mínima como criterio interpretativo impuesto por el modelo de Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho como el configurado por la vigente Constitución Española (tal como se proclama en su preámbulo), será preciso que el hecho cause una perturbación significativa a la pacífica posesión del bien ocupado. Lo anterior conduce a excepcionar del tipo del injusto aquellos casos en los que, por no actualizarse efectivamente la posesión sobre el bien ocupado, dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o por la inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios (la antañona figura del “ius usus innocui”, tan útil ahora que, en las grandes conurbaciones modernas, el viejo espigueo tras los segadores ha sido sustituido por esta suerte de “espigueo inmobiliario”, en busca de espacios baldíos o edificios arruinados), ya sea por la breve duración de la utilización de la finca ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical. Esta aplicación restrictiva del tipo del artículo 245, y especialmente de su apartado 2, es compartida por buena parte de la práctica judicial que conforma lo que se ha dado en llamar “jurisprudencia menor”, especialmente importante cuando, como en este caso, faltan pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”. Más acertada nos parece la interpretación que de los “delitos bagatelas” realizan la Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 21-9-2006, nº 131/2006, rec. 43/2006, Pte: Tapia Parreño, José Jaime (EDJ 2006/410658) y la Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 4-10-2010, nº 133/2010, rec. 91/2010, Pte: Morales Ortega, Rafael (EDJ 2010/322703), al decir: “Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos (los llamados “delitos bagatelas” o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social) pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio”, en conductas como la presente frente a las que el legislador trató de resolver ofreciendo protección penal a los propietarios de inmuebles, de los problemas cada vez más acusados del denominado fenómeno

Para MARTÍ MARTÍ y limitado a los inmuebles o viviendas que reúnan condiciones de habitabilidad, no es impedimento a la consideración de acto perturbatorio “la mayor o menor intensidad pues el precepto no hace distinción entre ocupación temporal transitoria o definitiva ni tampoco el precepto penal demanda que el propósito de acceder al dominio tenga una vocación definitiva encauzada a la consecución de la titularidad del derecho”⁷⁰⁵.

También se puede considerar incluso en este tipo penal la conducta del que a sabiendas y voluntariamente invade una propiedad vallada o cercada, en contra de la voluntad de su dueño, conducta que antes era constitutiva de mera falta (art. 590 del antiguo Código Penal, Texto Refundido de 1973), y que no implica voluntad de permanencia⁷⁰⁶.

Si se sigue el paralelismo con el delito de allanamiento (dejando al margen la diferencia de bien jurídico y objeto material), por entrar ha de entenderse pasar de fuera

social de los "ocupas"”. Para la reciente sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778): “La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2º del artículo 245, requiere para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo”. No concreta el alto Tribunal que ha de entenderse por riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado; olvidando, además, que no estamos exclusivamente ante un delito patrimonial, al existir otros intereses que se protegen con este figura delictiva.

⁷⁰⁵ MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >>... *Op. cit.*, Pág., 11.

⁷⁰⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.... *Op. cit.*, Pág., 157. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 5-6-2002, nº 324/2002, rec. 103/2002, Pte: Mendoza Muñoz, Julio (EDJ 2002/48608): “Se pueden estimar conductas delictivas, a partir de la entrada en vigor del nuevo Código, los comportamientos de los llamados “okupas” que, sin incurrir en el allanamiento de morada en sentido amplio, se asientan en inmuebles de modo estable y no abandonan su sede a pesar del requerimiento del dueño del mismo. *Estimándose también en este nuevo tipo penal, la conducta del que a sabiendas y voluntariamente invade una propiedad vallada o cercada, en contra de la voluntad de su dueño, conducta que antes era constitutiva de mera falta*”.

a dentro, introducir o introducirse en el interior de alguno de los espacios del inmueble (invasión física o corporal), siendo necesario que la entrada se efectúe con todo el cuerpo, y considerándose insuficiente hechos como asomar la cabeza, pasar un brazo por una ventana, u ocasionar molestias que se puedan causar por medios técnicos desde el exterior... Es indiferente que la entrada se realice por el lugar destinado al acceso (puerta) o por otro, y que se lleve a cabo de modo ostensible o clandestino. No es preciso el vencimiento de ningún obstáculo o resistencia física: basta la violación de la barrera ideal representada por la voluntad adversa del titular. No es preciso, a diferencia del allanamiento la presencia física efectiva en el interior del inmueble pudiendo tener lugar la ocupación mediante objetos no corporales (vehículo a motor en plaza de aparcamiento ajena...) ⁷⁰⁷.

Rechazando toda idea de permanencia, alguna resolución judicial de la Jurisprudencia *menor* sostiene la irrelevancia tanto del estado en que se halle el inmueble, como del elemento de permanencia en el interior del mismo; considerando

⁷⁰⁷ SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... *Op. cit.*, Págs., 874-875; JORGE BARREIRO, A.: << Capítulo 27.- Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sección 2ª.- Allanamiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 876. “La analogía más evidente surge con el allanamiento de morada, con el que coinciden acción y estructura típica, difiriendo exclusivamente en el objeto que justamente no ha de ser morada. No hay pues ataque a la intimidad personal ni a la inviolabilidad domiciliaria, sino sólo a elementos del patrimonio como son el uso y disfrute inherentes a la propiedad y posesión de bienes inmuebles, locales y viviendas”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1680. En relación a *las plazas de aparcamiento*, la Jurisprudencia *menor* ha considerado que el artículo 245.2 es aplicable; así la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 26-9-2001, rec. 475/2001 (EDJ 2001/59486): “procede en el caso de autos una nueva valoración de la prueba practicada y en base a ella calificar los hechos como constitutivos de un delito de usurpación de bien inmueble previsto y penado en el art. 245. 2 del C.P. de 1995 el cual castiga al que ocupe, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituya morada o se mantenga en ellos contra la voluntad de su titular; y ello por concurrir en la conducta de los imputados los elementos integrantes de dicha figura delictiva como son: a) la ocupación sin autorización debida de un inmueble ajeno *incluyéndose en el concepto de inmueble las plazas de aparcamiento* a tenor de lo dispuesto en el art. 334 del Código Civil y b) el dolo el cual requiere el conocimiento por parte del autor de la falta de título y autorización para ocupar el inmueble, y que se dirige exclusivamente a la ocupación o permanencia sin intención de apropiación definitiva”. El condenado por un delito de ocupación de inmuebles interpone recurso de apelación que resulta desestimado pues la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-4-2006, nº 249/2006, rec. 143/2006, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2006/86614) considera que ha quedado probado que el mismo accedió de forma continuada a una plaza de garaje sin contar con la autorización del propietario ni con derecho alguno para ello; debido a esto personas que habían alquilado la indicada plaza no pudieron dejar estacionados sus vehículos lo que motivó diversas quejas al presidente de la comunidad de propietarios. Dispone la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 9-4-2014, nº 90145/2014, rec. 55/2014, Pte: Pisonero del Pozo Riesgo, Elsa (EDJ 2014/102261): “En cuanto al uso u ocupación de una plaza de garaje ajena, tal acción sería incardinable en el art. 245.2 del Código Penal, si tuviera cierta vocación de permanencia”.

que no exige el tipo penal un “plus de permanencia” en el inmueble, pues, tan pronto se produce la ocupación, se consuma el hecho delictivo, como tantos otros delitos contra el patrimonio⁷⁰⁸.

En contra de este criterio de simple entrada se muestra BRAGE CENDÁN, olvidando la radical diferencia existente en cuanto al objeto material y el bien jurídico protegido, al exigir la permanencia como nota fundamentalmente característica de la distinción entre la acción de ocupar de los delitos de usurpación, y la acción de entrar de los delitos de allanamiento⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ Vid., Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 3ª, S 6-6-2000, rec. 3065/2000, Pte: Unanue Arratibel, Juana María (EDJ 2000/19345), en la que se confirma la resolución recurrida por el acusado de un delito de usurpación al desestimarse su pretensión, al señalar éste que su conducta no pudo ser constitutiva de un delito de usurpación, incardinado en el art. 245,2 CP 95, al permanecer escasos días en una vivienda deshabitada y en malas condiciones. Fundamenta la Sala su decisión en que ante la enumeración que contiene el art. 245.2 CP 95 en relación con objeto de protección penal al que se contrae no puede concluirse que estén excluidas de la protección penal los inmuebles, viviendas o edificios que no están en condiciones de ser habitados, al ser claro en este sentido el precepto citado, pues coloca en el mismo plano inmuebles, viviendas y edificios, por lo que no será, por ende, la habitabilidad el criterio sobre el cual habrá de basarse para establecer el sentido y alcance concreto del referido artículo. Por consiguiente deberá concluirse que en la actuación del acusado se dan los elementos exigidos por el precepto penal, así como el elemento intencional de que se accede a un inmueble por una vía distinta a la usual y sin el consentimiento del titular, sin que sea relevante como ya se ha señalado, el estado en el que el citado inmueble al que se accede se halle ni tampoco el elemento de la permanencia en el interior. Dice así: “En aplicación de todo lo anteriormente expuesto al caso concreto deberá de concluirse que en la actuación del acusado se dan los elementos exigidos por el precepto penal, así como el elemento intencional de que se accede a un inmueble por una vía distinta a la usual y sin el consentimiento del titular, *sin que sea relevante* como ya se ha señalado, el estado en el que el citado inmueble al que se accede se halle a tenor de la enumeración exhaustiva que se realiza ni tampoco *el elemento de la permanencia en el interior*, por todo lo expuesto deberá de desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la resolución recurrida”. Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 29-6-2006, nº 157/2006, rec. 200/2006, Pte: Moreno Gómez, Felipe Luis (EDJ 2006/388990): “Es cierto (sentencias de A.P. de Burgos de 17-5-04 y A.P. de Madrid de 12-12-03) que el delito de usurpación consistente en la ocupación de un inmueble de ajena pertenencia, amén del conocimiento de dicha ajenidad, requiere que la acción de ocupar esté presidida por un ánimo de lucro en quien la ejecuta, pero *lo que no cabe es exigir la permanencia de dicha ocupación* cuando, tal y como aquí acontece, fue la inmediata actuación policial la que puso fin a la presencia del intruso en el interior del inmueble mientras éste aun buscaba una dependencia adecuada en la que acomodarse (por ello precisamente la sentencia apelada haciéndose eco del nivel de ejecución alcanzado formula un concreto reproche a título de tentativa)” Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 28-2-2011, nº 90/2011, rec. 44/2011, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2011/44479): “Alega en segundo lugar la parte apelante la no concurrencia del tipo penal del artículo 245.2 del C. Penal ya que el tiempo de ocupación fue mínimo. Tal argumento cae por su propio peso. El tipo penal de la usurpación castiga a quien ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular. *No exige el tipo penal, por tanto, un plus de permanencia en el inmueble. Tan pronto se produce la ocupación, se consuma el hecho delictivo, como tantos otros delitos contra el patrimonio*”. Con las mismas palabras anteriormente en cursiva: Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 7-11-2013, nº 759/2013, rec. 154/2013, Pte: Cámara Martínez, Isabel (EDJ 2013/248145).

⁷⁰⁹ BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 21.

B) Toma de postura: Usurpar y ocupar son conductas diferentes

Podemos concluir a partir de lo expuesto hasta ahora (y de la simple lectura del artículo 245 del Código Penal), que la acción en la usurpación pacífica o impropia no está lingüísticamente expresada en la ley mediante el verbo *usurpar* tal y como acontece en la propia o violenta.

El tipo tradicional (art. 517 CP 1973, art. 245.1 CP 1995) utiliza el verbo “ocupar” para referirse a las cosas inmuebles, mientras que emplea el de “usurpar” en lo que atañe a los derechos reales.

Aunque un numeroso sector Doctrinal y Jurisprudencial equipara ambos conceptos, en lo concerniente a la usurpación pacífica o impropia, reproducimos la advertencia que a tal efecto hace MANZANARES SAMANIEGO: “Es posible, sin embargo, que esa interpretación haya de ser matizada para y desde el nuevo delito de ocupación pacífica. En primer lugar, el tipo tradicional utiliza el verbo “ocupar” al referirse a las cosas inmuebles, mientras que se usa el de “usurpar” en lo que atañe a los derechos reales, lo que ya sugiere alguna diferencia entre ambos conceptos. El “usurpar”, y más en relación con los derechos reales, tiene algo de sustitución total y definitiva del anterior titular, pero no ocurre igual cuando se trata de la ocupación material de un inmueble. Ahora, la ocupación pacífica pasajera e incluso clandestina de lo que quizá no es usado por su dueño, refuerza aquel distingo, sobre todo si falta (como puede faltar) un mínimo de componente económico”⁷¹⁰.

Lo que de forma embrionaria apunta MANZANARES SAMANIEGO, de forma clarificadora lo desarrolla la Profesora HUERTA TOCILDO.

⁷¹⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 911. BAZA DE LA FUENTE, partiendo de las definiciones de ocupar y usurpar que ofrece el Diccionario de la Lengua Española, considera que existe “una cierta contradicción interna, desde un punto de vista etiológico, que el legislador haga coexistir ambas modalidades (violenta y no violenta) bajo la misma rúbrica. De tal manera, que podría considerarse como usurpación propia a la violenta... mientras que sería impropia la ocupación sin violencia... En el Derecho Penal, los comentaristas de los Códigos históricos (1822, 1848...) aludían con esa expresión al llamado despojo; usurpar equivalía a despojar, privar, quitar. Hoy la doctrina entiende que la usurpación se manifiesta a través de la ocupación... Dentro de un concepto amplio de usurpación podrían distinguirse dos categorías: de un lado, la usurpación violenta o “propia”... y de otro la usurpación no violenta o “impropia””. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Págs., 899-900.

Si partimos del apotegma *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir. Donde la ley hace distinciones, es evidente que hemos de establecerlas; y el tipo penal emplea verbos distintos, luego se infiere que tipifica acciones diferentes. De ahí hemos de concluir que ocupar no puede ser equivalente a usurpar.

Partiendo de la idea generalmente admitida de que los bienes inmuebles se ocupan y los derechos reales se usurpan, se hace preciso averiguar si el empleo de dos verbos distintos (ocupar y usurpar) tiene el alcance de adecuar la terminología a los distintos objetos materiales o si por el contrario obedece a otras razones.

Aunque el legislador parece considerar igualmente usurpatorias todas las modalidades de conducta contempladas en el Capítulo V, del Título XIII, del Libro II del Código Penal (que tiene por rúbrica “De la usurpación” y engloba los artículos 245.1, 245.2, 246 y 247), es posible no sólo diferenciar unas de otras, sino las primeras entre sí, siquiera sea a un nivel puramente semántico y a partir de ahí técnico-jurídico.

HUERTA TOCILDO aprecia una distinción, que compartimos, entre ocupar y usurpar. *Ocupar implicaría una mera perturbación en el uso o disfrute del inmueble, sin ánimo de poseer la cosa como propia; mientras que usurpar significaría atribuirse la titularidad de un derecho real sobre un inmueble*⁷¹¹.

Si por ocupar entendemos una mera perturbación en el uso o disfrute del inmueble, sin ánimo de poseer la cosa como propia, ello nos lleva a determinar qué se entiende por perturbación de la posesión, o perturbación posesoria.

La perturbación posesoria, o lesión de la posesión, consiste en una alteración del estado de hecho posesorio realizado por alguien sin o contra la voluntad del poseedor y sin estar autorizado por el ordenamiento jurídico para realizarla. La lesión puede

⁷¹¹ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* Op. cit., Págs., 80-84; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* Op. cit., Pág., 21; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 127-128.

implicar o no una privación de la posesión. En el primer caso existiría *despojo*, en el segundo *simple perturbación o inquietación*. En un sentido lato, perturbación posesoria comprende tanto el despojo como la simple perturbación.

El *despojo* es privación de la posesión realizada por otro sin o contra la voluntad del poseedor. *Simple perturbación o inquietación* es toda alteración de la posesión, realizada por otro sin o contra la voluntad del poseedor, que no llegue a constituir despojo.

Si en el ámbito civil no es necesario que el autor de la perturbación o del despojo tenga conciencia de causar un daño; la culpa no es requisito esencial; lo importante es que, de hecho, objetivamente, el poseedor haya sido perturbado o despojado; y así se entendía el artículo 1651 de la ALEC cuando se hablaba de *intención* de inquietar o despojar, como la significación objetiva del acto tendente a producir una alteración del estado de hecho posesorio, y no la intención subjetiva de causar un daño; es aquí, precisamente donde radica la diferencia entre el ilícito civil y penal donde sí se exige una conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. Así GARCÍA VALDECASAS ejemplifica diciendo que el que está edificando, ejecuta actos que revelan el propósito de levantar parte de la edificación en el solar contiguo; y que en tal caso el poseedor de este último podrá entablar el interdicto de retener (hoy juicio verbal y sumario), aunque aquél obrase de buena fe, es decir, ignorando que invadía la posesión ajena. Esa misma acción realizada por un sujeto teniendo éste conciencia y voluntad de levantar parte de la edificación en el solar contiguo, y sabiendo que invadía la posesión ajena sería por el contrario ilícito penal⁷¹².

⁷¹² GARCÍA VALDECASAS, G.: *La posesión*. Ed. Comares, 2ª edición. Granada, 1987. Págs., 77-78. "La perturbación, a parte de su valor designativo general, tiene aquí dos connotaciones. Una de ellas concierne a la persona; es el poseedor quien experimenta o padece la perturbación; quiero decir que no son las cosas o los hechos los perturbados; éstos dejan de ser o de estar como eran o estaban; la perturbación es el modo de reflejarse en el sujeto, el poseedor, la alteración. La otra faceta connotativa de la perturbación concierne al orden; trasciende, por tanto, de las cosas y del poseedor; *la convivencia civil, ciudadana, se ve afectada en términos negativos, es decir perturbada* [Recuérdese que el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico y el orden público además del patrimonio inmobiliario]... El despojo no determina la pérdida de la posesión. Da lugar a una privación de la misma; ésta es una "privación ilegal" que, consiguientemente no genera el efecto de la pérdida (arts. 444 y 460.4º) ni tampoco el efecto de la adquisición de la posesión por un tercero de buena fe (art. 464 párr. 1º) O dicho en otros términos: la situación posesoria previa al despojo se altera en el sentido de que deja de existir. El despojado conserva la posesión durante el año siguiente al despojo; ni el despojante la adquiere (art. 460.4º) ni prescribe la acción (art. 1968). La tenencia de la cosa y el disfrute del derecho no se mantienen, porque el despojo priva de ellos en cuanto contenido de la posesión de la que también priva, pero la posesión subsiste durante ese tiempo amparada en la acción dirigida al restablecimiento de la situación posesoria y en la

El estudio de HUERTA TOCILDO alude al Código Penal de 1973. Consideramos plenamente aplicables al Código Penal de 1995 los argumentos y conclusiones que extrae. Y ello no sólo porque en el vigente Código Penal se tipifica la ocupación propia en el artículo 245.1, el cual tenía su correlativo en el Texto Refundido de 1973 en el artículo 517; sino porque además se tipifica la ocupación impropia o pacífica en el artículo 245.2, donde no se emplea el verbo usurpar, sino que se describe la acción con los verbos *ocupar* o *mantenerse*, prescindiéndose de aquél.

La *ocupación* para HUERTA TOCILDO constituye fundamentalmente un ataque contra la tenencia legítima de un bien inmueble (por parte de su propietario, de su poseedor o de un simple tenedor de hecho), pero no necesariamente implica la negación de un derecho real de propiedad o de cualquier otro tipo. Por el contrario, la *usurpación* supone ineludiblemente la negación de un derecho real a quien es su legítimo titular.

imposibilidad de que el despojante adquiera la posesión. Como no hay, propiamente, pérdida no hay adquisición ni siquiera recuperación de la posesión, sino de los poderes de hecho que perturbó, excluyéndolos el despojo... El despojo es, indisolublemente, acto y resultado. Llamamos privación de la posesión al resultado; pero éste queda integrado en el despojo en tanto conduzca a él una conducta tipificable como despojo e imputable a una determinada persona... Pero no hay que esforzarse en llegar al despojo a través de la violencia. Más bien ocurre lo contrario: *todo despojo implica violencia, en cuanto ruptura de la paz cívica, sin necesidad de una violencia cualificada previa*. Un acto cometido sin la presencia del poseedor, sea o no clandestino, es también despojo. Se duda si el despojo requiere o no una determinada intencionalidad. Es claro que la conducta no precisa ser dolosa ni culpable... El despojo tiene lugar dentro de unos límites. Éstos están representados por la inquietación y el ilícito penal. El concepto de inquietación es más bien negativo y comparativo; encierra toda perturbación que no llega a ser despojo... Los hechos de la vida real integrables en la inquietación posesoria no son susceptibles de una descripción precisa por la multitud de manifestaciones que pueden tener. En cierto modo se trata de un concepto residual... Es predominantemente negativo y comparativo. Toda perturbación posesoria que no llegue a constituir un despojo es inquietación. Mientras el despojo aísla, dentro de la perturbación, un determinado comportamiento que conduce a la privación posesoria, y consiguientemente, dota de un sentido específico a la perturbación, no ocurre otro tanto con la inquietación que semánticamente no pasa de reiterar la misma idea de la perturbación y, jurídicamente, queda a las resultas del despojo... Para que haya inquietación tiene que no haber tolerancia, pues como los actos meramente tolerados... no afectan a la posesión (art. 444)... En tanto la tolerancia dependa por entero de la voluntad del poseedor y esté en condiciones de hacerla cesar, no hay perturbación. Sin embargo, cuando lo que se ha iniciado como tolerancia trata de mantenerse y hacerse valer frente al poseedor, degenerará en perturbación. Como inquietación ha de considerarse toda conducta que, sin contar con la voluntad del poseedor o contradiciéndola, supone una invasión o una amenaza de invasión de la esfera posesoria que, sin llegar a la privación de la posesión, pone en duda la misma e impide o dificulta su libre ejercicio tal y como venía realizándose antes de la inquietación". HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras completas. Tomo II.- La posesión como institución jurídica y social*. Ed. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1987. Págs., 622-634. Disponía el artículo 1651 de la ALEC: "*El interdicto de retener o recobrar, procederá cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia*". En la actualidad los interdictos han sido sustituidos por los juicios verbales y sumarios. Así, el artículo 250 LEC dispone: "*Artículo 250.- Ámbito del juicio verbal. 1.- Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 4º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.*"

Así sujeto pasivo de la ocupación puede ser quien posee de hecho sin ser titular de un derecho real sobre el inmueble; y sujeto pasivo de la usurpación es únicamente el titular del derecho real sobre el mismo⁷¹³.

Entendida así la ocupación, el mero “tenedor” del inmueble es protegido por el artículo 245, aun cuando no goce de derecho real sobre el mismo. “Si por el contrario se entendiera que la acción de ocupar constituye un ataque contra la propiedad o contra la posesión derivada de la existencia de un derecho real sobre la cosa, el texto sería reiterante, ya que ocupar... un inmueble poseído por su propietario no sería sino una usurpación del derecho real de propiedad, y si el que lo posee es, por ejemplo, un usufructuario, la acción, asimismo, del sujeto activo se dirigiría a subrogarse en los efectos de una titularidad ajena, es decir, a usurpar”⁷¹⁴.

Por ocupar no podemos entender despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica, pues, ello sería reiterativo, ya que ocupar, así entendido, no sería sino usurpar el derecho de propiedad, de usufructo... del titular correspondiente para subrogarse en los efectos de una titularidad ajena.

Partiendo de la distinción expuesta entre ocupar y usurpar, puede concluirse que la ley en el artículo 245.1 CP ha tenido en cuenta dos modelos distintos de conducta: “la que perturba la mera tenencia o la posesión no derivada de la titularidad de un derecho real sobre el inmueble, y la que ataca la misma titularidad del derecho real”⁷¹⁵.

Por otra parte, sostiene acertadamente HUERTA TOCILDO que ocupar y usurpar presentan, en cuanto a la dinámica de la acción, formas distintas de plasmación: “La ocupación exige una actuación directa sobre la cosa, de índole física, consistente o bien en penetrar en la finca (o inmueble de otro tipo) que no es propia (o sobre la que no se tiene derecho alguno), o bien mantenerse en la misma en contra de la voluntad del legítimo ocupante. La usurpación, en cambio, puede ir o no precedida o acompañada de

⁷¹³ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 80-82.

⁷¹⁴ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 82.

⁷¹⁵ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 82-83.

un hecho físico de ocupación, siendo también posible usurpar a distancia (ejemplo: a través de un falso asiento en el Registro de la Propiedad en favor del usurpante). En consecuencia pueden darse tres situaciones distintas:

- Ocupación de la cosa sin usurpación de un derecho real;
- Usurpación de un derecho real sin ocupación de la cosa;
- Ocupación del inmueble como medio para usurpar un derecho real a él conectado”⁷¹⁶.

Concluye la referida autora que el legislador, al utilizar dos verbos distintos ha querido contemplar dos supuestos diferentes: “de un lado, la conducta de quien, ocupando... un inmueble, perturba a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo; de otro, la de quien... [pretende] subrogarse en la titularidad de un derecho real sobre la cosa (con o sin ocupación de la misma). Usurpar significaría entonces "atribuirse" la titularidad de un derecho real sobre un inmueble, en tanto que ocupar no implicaría sino una mera perturbación en el uso o disfrute del inmueble, sin ánimo de poseer la cosa como propia”⁷¹⁷.

Hemos de concluir, siguiendo los argumentos de la Profesora HUERTA TOCILDO, que es suficiente, pues, para considerar que existe ocupación, con que se penetre en el inmueble que no es propio, o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida y; que con esa conducta se perturbe a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo. En la medida en que la ocupación así entendida es una simple ocupación sin usurpación de derecho real, la propiedad o el dominio de la cosa pueden verse también afectados, pero de un modo reflejo o indirecto, en tanto que sólo se ve perturbada una de las facultades del dominio. Si bien, dicha propiedad o dominio pueden llegar a verse afectados de modo directo si el sujeto activo permanece de forma indefinida en el inmueble y con *animus rem sibi habendi* de tal manera que dicha ocupación sea de tal entidad que pueda llegar a ser un medio para usurpar un derecho real conectado al inmueble (en definitiva una usurpación) ⁷¹⁸.

⁷¹⁶ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 83.

⁷¹⁷ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 83.

⁷¹⁸ *Vid.*, HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 80-84.

Cuando la conducta además de una perturbación en el uso o disfrute sea un medio para usurpar el derecho real conectado al inmueble, estaremos ante una simple cuestión de *dosimetría penal* que implicará, en principio, una mayor penalidad de la conducta a resolver mediante las posibilidades que ofrece la regla 6ª del art. 66 CP, conforme a la cual cuando no concurren atenuantes ni agravantes los jueces o tribunales aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la *mayor o menor gravedad del hecho*⁷¹⁹.

⁷¹⁹ Vid., RUIZ VADILLO, E.: << La dosimetría penal en el Código español >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXX, fascículo 2, mayo-agosto 1977. Págs. 351-408. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-7-2011, nº 884/2011, rec. 10439/2011, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2011/166782): "A la hora de imponer una concreta dosimetría penal en la correspondiente operación de determinación del "quantum" punitivo. Esta interpretación es conforme igualmente con el principio de proporcionalidad en la respuesta penal... Quiere con ello decirse que la penalidad imponible no puede ser considerada bajo parámetros estrictamente abstractos, sino de concreta imposición en el caso que se revisa, pues, como ya hemos dicho, la pena debe ser medida con todas "sus circunstancias", y tales avatares no pueden ser otros que los tenidos en consideración en la sentencia que se revisa a la hora de la imposición concreta de la pena, como ejercicio de motivación de la dosimetría penal aplicable. A tal efecto, la STS 442/2011, de 9 de mayo, ya declaró que esta Sala Casacional (*ad exemplum*, en su Sentencia de 20 de marzo de 1990, entre otras muchas posteriores), ya dijo que la aplicación de los tipos penales no debe ser entendida con un criterio puramente formal, sino que requiere en cada caso concreto la comprobación de un contenido de ilicitud material que justifique la aplicación de la pena prevista en cada caso, pues "tal interpretación es, ante todo, (...) una imposición del principio de proporcionalidad que tiene su punto de apoyo en los arts. 1 y 9.3 de la Constitución, en la medida en que éstos establecen que la justicia es un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico y que se garantiza la interdicción de arbitrariedad en los poderes públicos"... Y es que como se afirmaba en la STS 288/2008, de 14 de mayo, "hoy en día el proceso penal, más que un remedio de control social, debe ser considerado como un esquema racional de justificación de la pena, al ser una manifestación (la más importante) del "ius puniendi" del Estado". Y en la STS 441/2011, de 9 de mayo, se dijo igualmente que el valor "justicia" es un valor constitucional que ha de presidir la interpretación y aplicación de los tipos penales, por lo que no puede sostenerse que por el sistema de revisión de penas, una sentencia varíe de tal forma la individualización penológica que termine contradiciéndose consigo misma. Tal principio de proporcionalidad, se justifica también: 1º) Porque supondría un tratamiento discriminatorio en relación a los penados cuya sentencia no sea firme para quienes sí está previsto una adaptación a la nueva legalidad de acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera de la L.O. 5/2010. 2º) Ciertamente el principio de proporcionalidad no está recogido en la Constitución, sin embargo no puede dudarse de su vigencia en nuestro sistema jurídico penal en su doble proyección frente al legislador a la hora de fijar los delitos y las penas, y frente al juzgador a la hora de individualizar judicialmente la pena. Recordamos la STS 827/2010 que establecía que dicho principio se proyecta en dos ámbitos: el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del hecho, ya que en definitiva la culpabilidad y la gravedad son las medidas de la respuesta penal. c) También la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia de este principio, y en relación al legislador, declara la STS 53/1985 que "...el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento...". La STC 55/1996, recordada en la STC del Pleno 136/1999 -asunto mesa nacional de HB- declara con respecto al principio de proporcionalidad en relación a los derechos fundamentales. d) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. II-109 - Título VI, reconoce los principios de legalidad y de proporcionalidad de delitos y penas "...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción...". e) Del propio modo, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, y por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, en su art. 49, tras

Un sector de la Jurisprudencia *menor* considera que usurpar y ocupar son conductas diferentes cuando afirman: “no resulta necesario el propósito de acceder definitivamente al dominio o titularidad del derecho”⁷²⁰.

Establecida, así, la distinción entre ocupar y usurpar, podemos afirmar que estamos simplemente ante un delito permanente o eventualmente permanente, y no necesariamente permanente, en el que la situación de antijuridicidad se prolonga en el tiempo por voluntad del autor hasta que se produzca el desalojo.

3.2.5.- MANTENERSE: SEGUNDA CONDUCTA ALTERNATIVA

La segunda de las conductas tipificadas en el artículo 245.2 del Código Penal consiste en mantenerse en un inmueble, vivienda o edificio ajenos contra la voluntad de su titular. Con su expresa previsión el legislador ha pretendido criminalizar la conducta de quien, habiendo entrado en el bien inmueble sin oposición o voluntad en contra del legítimo titular, permanezca ocupando el inmueble una vez que es requerido por éste para que lo abandone.

Se castiga, al modo del allanamiento de morada, la conducta pasiva consistente en mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular; es decir, una conducta

disponer la aplicación retroactiva más favorable al reo ("si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta), se proclama en su apartado 3 que "la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción"

⁷²⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-1-2000, rec. 181/1999, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2000/3635); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, S 9-10-2000, nº 76/2000, rec. 183/2000, Pte: Villamor Montoro, Pedro Roque (EDJ 2000/49025); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 144/2006, rec. 87/2006, Pte: Julia Igual, Mª José (EDJ 2006/305439); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 11-4-2008, nº 259/2008, rec. 16/2008, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda (EDJ 2008/87347); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 18-11-2008, nº 1066/2008, rec. 209/2008, Pte: Barabino Ballesteros, Nuria Alejandra (EDJ 2008/355612); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 2-1-2009, nº 731/2009, rec. 519/2007, Pte: Sánchez Cano, Mª Jesús (EDJ 2009/18090); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/197095); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 3-12-2010, nº 343/2010, rec. 152/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/402594); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2011/395951); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 16-10-2012, nº 323/2012, rec. 189/2012, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2012/379875).

inicial no constitutiva de delito se convertirá en delictiva al existir un requerimiento del propietario para desalojar. Supone, pues, que ha existido un primer consentimiento por parte del sujeto pasivo que hace lícita la conducta *ab initio*, pero que posteriormente se revoca, y a pesar de ello los ocupantes, a sabiendas, siguen ocupando el bien, convirtiéndose esta figura en ilícita. La diferencia con ocupar es, pues, evidente: el que ocupa en ningún momento tuvo título legítimo que le permitiera tal acto. Su conducta nació *ab initio* antijurídica, frente a mantenerse, en que existiendo una ocupación inicial legítima se nova en antijurídica al no contar ya con la autorización del titular⁷²¹.

La Jurisprudencia *menor* reconoce que el tipo penal presenta dos modalidades de comisión de la infracción penal, ocupar y mantenerse, refiriéndose a esta última como “segunda modalidad delictiva”, la cual “presupone un primer e inicial acceso autorizado y por lo tanto lícito, que se torna después en delictivo en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria a dicha permanencia expresada claramente por el dueño del inmueble”⁷²².

⁷²¹ BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Pág., 131; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* Op. cit., Pág., 22; CALABUIG COSTA, M^a L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 811; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia)*. Tomo II.- Arts. 138-639. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... Op. cit., Pág., 1679; GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* Op. cit., Pág., 10; LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles...* Pág., 3; FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... Op. cit., Pág., 1317; HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* Op. cit., Pág., 160. “La segunda construcción [mantenerse contra la voluntad del titular] requiere una previa autorización del titular que puede ser por cualquier título, que después se torna en una solicitud de abandono del mismo”. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* Op. cit., Pág., 171. “Con la mención a la acción de “mantenerse” no se pretende sancionar un comportamiento de invasión del bien inmueble ajeno de forma más o menos permanente distinta a la simple ocupación, sino prever con carácter expreso los supuestos de ocupación iniciados con una entrada lícita, consentida o sin oposición, en los que el titular con posterioridad manifiesta su voluntad contraria. Por ello, no se ha añadido la nota de permanencia al término “mantenerse”, porque ese es ya un elemento característico de la ocupación tal y como ya ha sido definida”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* Op. cit., Pág., 22. BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Pág., 131. “En cuanto a la conducta de mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular, consistirá en proseguir la ocupación frente a la expresa oposición de éste”. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 504.

⁷²² Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 3-12-2001, rec. 521/2001, Pte: Málaga Diéguez, Francisco (EDJ 2001/72219): “El artículo 245.2 no ha sido declarado inconstitucional, por lo que este

Tribunal se ve obligado a aplicarlo tal y como está redactado, y en él se señala que incurre en el tipo "el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular...", de lo que se desprende que *el tipo presenta dos modalidades delictivas*: Una primera que se completa con la mera y simple ocupación del inmueble sin autorización de su propietario, y *una segunda que presupone un primer e inicial acceso autorizado y por lo tanto lícito, que se torna después en delictivo en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria a dicha permanencia expresada claramente por el dueño del inmueble* (SAP Murcia, Sección 1, 28 diciembre 1999). Pues bien, es exclusivamente en esta *segunda modalidad* donde resulta exigible un requerimiento formal de abandono por parte del propietario, pero no ocurre lo mismo en la primera, que es la que concurre en el caso de autos, donde nos encontramos con que la vivienda ocupada es de uso estacional o vacacional y se encontraba cerrada con llave, careciendo el acusado de autorización para acceder a su interior". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 16-1-2003, rec. 217/2001, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2003/42349): "Si analizamos el apartado 2º del artículo 245 del Código Penal de 1995 llegaremos a la conclusión que existen *dos modalidades de comisión de la infracción penal*, la primera la de ocupar sin autorización y *la segunda la de mantenerse contra la voluntad de su dueño...* Estas dos modalidades se hallan definidas de la misma forma que las modalidades del delito de allanamiento de morada tipificadas en el artículo 202 del Código Penal de 1995... siendo interpretado por la doctrina mayoritaria y por el Tribunal Supremo en el sentido que esta segunda modalidad de mantenimiento en la posesión supone que el sujeto se encuentre ya dentro por haberse introducido de manera consentida por el morador, ya sea de forma expresa o tácita, lo que supondría la revocación de la invitación o permiso anterior de entrada (STS núm. 278/1979, de 8 de marzo de 1979). De lo que se desprende que esta segunda modalidad requiere como uno de los elementos imprescindibles la existencia de una previa entrada consentida, siendo esta modalidad introducida en el año 1952 como subsidiaria de la primera modalidad para castigar aquellos casos no recogidos en ella... Esta segunda modalidad [de ocupación pacífica] requiere de la concurrencia de un elemento que la distingue de la primera modalidad y es que la posesión en la que se mantiene el ocupante se haya conseguido por el consentimiento expreso o tácito o tolerancia del titular, debiendo por ello concurrir, (como se consigna en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 278/1979, de 8 de marzo de 1979 dictada en interpretación de dos modalidades análogas previstas para el delito de allanamiento de morada), una revocación de la autorización que habilitaba la ocupación". Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273): "En efecto, el indicado precepto castiga no sólo a quienes sin la debida autorización, ocupan un bien inmueble, vivienda o edificio ajeno (siempre que no constituyan morada) sino también a quien se mantenga en ellos contra la voluntad de su titular, modalidad de la acción que sugiere, sin duda, la existencia de un estado posesorio previo por parte del autor... Si nos centramos en la *segunda modalidad comisiva* del delito del artículo 245.2 del Código Penal (mantenimiento en el inmueble contra la voluntad del titular) es en ella donde los contornos entre el Derecho penal y el civil se muestran más confusos, pues si en la primera modalidad (ocupación) se parte de una acción positiva que se revela arbitraria, en cuanto se ejecuta con abstracción de la voluntad del titular y, frecuentemente, sin su conocimiento, en esta segunda forma comisiva nos hallamos ante una omisión que parte de una situación posesoria previa". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-5-2003, rec. 34/2003, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2003/53690); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 18-3-2004, nº 20/2004, rec. 20/2004, Pte: Pérez Serna, Jesús (EDJ 2004/14287); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652): "Si examinamos el tenor del número 2 del art. 245 CP de 1995 llegaremos a la fácil conclusión de que *existen dos modalidades distintas de comisión del delito de que se trata*; la primera, la de "ocupar sin autorización debida", y *la segunda, la de "mantenerse contra la voluntad de su dueño"*... Debe tenerse en cuenta que estas dos posibilidades delictivas de la usurpación no violenta ni intimidatoria se hallan definidas de la misma forma que las modalidades del delito de allanamiento de morada tipificadas en el art. 202 del CP de 1995... siendo interpretada por la doctrina mayoritaria y por el Tribunal Supremo esta segunda modalidad de mantenimiento en la posesión (en el allanamiento de morada) como la que exige que el sujeto se encuentre ya dentro del inmueble por haberse introducido de manera consentida por el morador, ya sea de forma expresa o tácita, lo que supondría la revocación de la invitación o permiso anterior de entrada (STS. 278/1979, de 8 de marzo) si decidiera mantenerse en dicho lugar contra la voluntad del dueño. De lo que se desprende que la segunda modalidad requiere como uno de los elementos imprescindibles la

existencia de una previa entrada expresa o tácitamente consentida por parte del titular del derecho, y una acción añadida consistente en mantenerse en el inmueble, vivienda o edificio ajeno, contra la voluntad del dueño que inicialmente permitió o consintió su acceso”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 13-11-2003, nº 606/2003, rec. 5803/2003, Pte: Holgado Merino, José Manuel (EDJ 2003/171161); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 17-9-2004, nº 512/2004, rec. 3483/2004, Pte: Holgado Merino, José Manuel (EDJ 2004/170103): “El artículo 245.2 del CP viene redactado en los siguientes términos “el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular...”, de lo que se desprende que el *tipo presenta dos modalidades delictivas*: Una primera, que es la que ahora se contempla, requiere una simple ocupación del inmueble sin autorización de su propietario, y una *segunda* que presupone un primer e inicial acceso autorizado y por lo tanto lícito, que se torna después en delictivo en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria a dicha permanencia expresada claramente por el dueño del inmueble. Pues bien, es exclusivamente en esta segunda modalidad donde resulta exigible un requerimiento formal de abandono por parte del propietario, pero no ocurre lo mismo en la primera”. Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273): “Si nos centramos en la *segunda modalidad comisiva* del delito del artículo 245.2 del Código Penal (mantenimiento en el inmueble contra la voluntad del titular) es en ella donde los contornos entre el Derecho penal y el civil se muestran más confusos, pues si en la primera modalidad (ocupación) se parte de una acción positiva que se revela arbitraria, en cuanto se ejecuta con abstracción de la voluntad del titular y, frecuentemente, sin su conocimiento, en esta segunda forma comisiva nos hallamos ante una omisión que parte de una situación posesoria previa”. Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 30-7-2004, nº 59/2004, rec. 60/2004, Pte: Pérez Serna, Jesús (EDJ 2004/140164); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 23-4-2010, nº 313/2010, rec. 161/2010, Pte: Mora Sánchez, Juan Miguel (EDJ 2010/249119): “Existen dos modalidades diferentes de comisión del delito de que se trata... la primera modalidad, “ocupar sin autorización debida”... *La segunda modalidad, por su parte, exige que el sujeto se encuentre ya dentro del inmueble por haberse introducido de manera consentida por el morador o titular*, ya sea de forma expresa o tácita, lo que supondrá la revocación de la invitación o permiso anterior de entrada si decidiera mantenerse en dicho lugar contra la voluntad del su dueño. Se desprende de ello que esta segunda modalidad requiere como uno de los elementos imprescindibles la existencia de una previa entrada expresa o tácitamente consentida por parte del titular del derecho, y una acción añadida consistente en mantenerse en el inmueble contra la voluntad del dueño que inicialmente permitió o consintió su acceso”. Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 2ª, S 14-6-2006, nº 160/2006, rec. 289/2006, Pte: Morillo-Velarde Pérez, José María (EDJ 2006/388935): “En la *segunda modalidad comisiva* del mencionado precepto (mantenerse en la posesión contra la voluntad del propietario) la doctrina expuesta en la sentencia recurrida, que la Sala da por reproducida en evitación de reiteraciones inútiles, adquiere perfiles más difusos, pues en el primer caso (ocupación) la falta de posesión socialmente manifiesta puede habilitar el acto positivo aun verificado sin el conocimiento del propietario; pero, manifestada su condición de tal y su deseo de recuperar el inmueble, la conducta renuente al desalojo pudiera integrar el delito descrito en dicho apartado”. Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 4-5-2007, nº 83/2007, rec. 253/2007, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2007/139155): “Ciertamente, respecto de la *segunda modalidad del delito*, consistente en permanecer en el inmueble ajeno contra la voluntad del titular, debe ponderarse la concurrencia del elemento subjetivo de esta infracción con otros posibles móviles o finalidades perseguidas por el autor que pudieran tener relación con el legítimo ejercicio de un derecho, de forma que no por el mero dato objetivo de que frente a una persona prospere un juicio de desahucio por precario debamos entender que se ha mantenido en la posesión del inmueble contra la voluntad de su dueño a efectos de considerar cometida la infracción penal; sin embargo, respecto de la primera modalidad (ocupar sin autorización un inmueble ajeno) tal ponderación no cabe y la acción será siempre tipificable en el delito, sin perjuicio de que otras posibles finalidades que persiga el autor (por ejemplo, un estado de necesidad) puedan exonerarle de su responsabilidad criminal”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2009, nº 122/2009, rec. 1/2009, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2009/36709); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 28-3-2014, nº 98/2014, rec. 3/2014, Pte: Morillo Ballesteros, Mª Oliva (EDJ 2014/199682): “Castiga el artículo 245.2 del Código Penal al que ocupare, sin la autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular... hay que recordar que el precepto contempla *dos modalidades distintas de comisión* del delito de que se trata; la primera: “ocupar sin autorización debida”, y la *segunda: “mantenerse contra la voluntad de su dueño”*. La primera modalidad se consuma con la introducción en el bien inmobiliario que no constituya morada, a condición de que haya verdadera voluntad de permanencia, quedando impune cualquier entrada que tenga una finalidad distinta por parte del responsable del hecho, como sería la episódica u ocasional. *La segunda modalidad* consiste en el

mantenimiento en la posesión, de tal manera que se exigiría que el sujeto se encuentre ya dentro del inmueble por haberse introducido de manera consentida por el morador, ya sea de forma expresa o tácita, lo que supondría la revocación de la invitación o permiso anterior de entrada si decidiera mantenerse en dicho lugar contra la voluntad de su dueño”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 29-3-2011, nº 145/2011, rec. 190/2011, Pte: Antón Blanco, José Luis (EDJ 2011/111316): “Es preciso indicar que *el tipo penal del art. 245.2, contempla dos modalidades*, la primera el ocupar un inmueble ajeno; y *la segunda el mantenerse* en él una vez que le consta al ocupador la voluntad contraria del dueño. En este caso se darían en principio las dos formas, pues el acusado se metió de forma estable en la casa, habitándola, sin tener permiso previo del propietario; más luego, tras el requerimiento de desalojo del Sr. Porfirio, siguió ocupando la misma”. Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 17-9-2012, nº 123/2012, rec. 99/2012, Pte: Morales Ortega, Rafael (EDJ 2012/275839): “Se concreta así la primera modalidad de comisión del delito de usurpación que el legislador prevé, esto es la de ocupación de un inmueble sin la autorización de su titular y con una vocación de cierta permanencia, sin que sea necesario el acto obstativo al que se refiere el apelante de este último, mostrando su voluntad contraria a esa permanencia en un inmueble al que inicialmente se accedió correctamente, que es la segunda conducta penada y única para la que se exige la concurrencia de tal manifestación de desacuerdo y no para la primera expuesta como incorrectamente se alega en el escrito de recurso, pues dicho de otro modo y como declara la STS de 2 de marzo de 2011, el tipo penal aplicado en este caso viene referido a dos conductas distintas: la ocupación de inmuebles que no constituyan morada o la de mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular, aclarando que el delito de usurpación de bien inmueble ha sido introducido por el legislador para poner fin a la ocupación indebida de inmuebles, vivienda o edificios ajenos que no constituyen morada, así como el mantenimiento de tal ocupación cuando consta la oposición o voluntad en contra de su titular, estimando que la mera ocupación con vocación de permanencia es delito y que incluso la negativa del usurpador a abandonar la vivienda después de un requerimiento explícito o, aún sin requerimiento, después de conocer la existencia del procedimiento penal, constituye delito de usurpación dado que el tipo penal no sólo castiga la ocupación, sino la permanencia en el inmueble en contra de la voluntad del titular”. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 13-1-2014, nº 8/2014, rec. 621/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos (EDJ 2014/26747): “El cual, conocida la ocupación de la vivienda, requirió al acusado de palabra para que la abandonase, presentando seguidamente la correspondiente denuncia, lo cual incluso permite apreciar también la concurrencia de *la segunda modalidad* antes expuesta de comisión del delito de usurpación de vivienda no habitual, consistente en permanecer en inmueble ajeno pese a la posterior oposición de su titular. No debiéndose olvidar que, como ya se ha dicho, el delito de usurpación apreciado, desde mucho antes a ese requerimiento, quedó consumado en su primera modalidad de comisión, y, en concreto, desde que el acusado penetró en el mismo practicando un orificio en la pared desde la vivienda contigua con la intención de instalarse allí con vocación de permanencia, careciendo de autorización debida para ello. Autorización que sólo podía ser otorgada por las personas que ostentaran la posesión natural del inmueble y, entre ellas, por el denunciante. Reconociendo el acusado que entró en la vivienda sin autorización de los hijos de la inicial adjudicataria, afirmando que lo hizo “por orden” de la presidenta de la asociación de vecinos, la cual, por simple lógica, carece de capacidad alguna para otorgar esa autorización, a lo que se une que ni siquiera el propio acusado pudo identificarla”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “*La segunda modalidad de la conducta típica* situación del que se encuentra en precario. La improcedencia de la penalización de estas conductas resulta aquí palmaria ya que se pone a disposición de los intereses de una de las partes contractuales, ¡una vez más!, al Código Penal”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 26-12-2013, nº 862/2013, rec. 390/2013, Pte: Herrero Enguita, Sagrario (EDJ 2013/289612): “Si examinamos el tenor del número 2 del art. 245 CP llegaremos a la fácil conclusión de que existen *dos modalidades* distintas de comisión del delito de que se trata; la primera, la de “ocupar sin autorización debida”, y *la segunda, la de “mantenerse contra la voluntad de su dueño”*... La segunda modalidad requiere como uno de los elementos imprescindibles la existencia de una previa entrada expresa o tácitamente consentida por parte del titular del derecho, y una acción añadida consistente en mantenerse en el inmueble, vivienda o edificio ajeno, contra la voluntad del dueño que inicialmente permitió o consintió su acceso”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 17-6-2014, nº 692/2014, rec. 599/2014, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/159299): “El legislador claramente habría distinguido dos modalidades comisivas y así una primera de ocupación sin autorización que requiere una duración temporal de suficiente entidad y una voluntad real del sujeto de mantenerse en esa situación; y *otra segunda modalidad* que requiere como uno de los elementos imprescindibles la existencia de una previa entrada expresa o tácitamente consentida por parte del titular del derecho, y una acción añadida consistente en mantenerse en el inmueble o edificio o vivienda ajena contra la voluntad de su dueño”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 24-7-2014,

A) *Significado de mantenerse*

Semánticamente, mantenerse equivale a perseverar o seguir en una misma actitud o posición. Aquí, concretamente, continuar permaneciendo en un inmueble.

Mantenerse presupone, en palabras de GONZÁLEZ RUS, “que el sujeto activo ocupó con autorización del titular, apareciendo el delito en el momento en que éste la retira sin que el inicialmente autorizado lo abandone”. ROCA AGAPITO no sólo admite este supuesto de previa ocupación con autorización del titular sino que lo extiende al supuesto de ocupación sin oposición, y exige un requerimiento de abandono; pues, para el referido autor, mantenerse hace referencia a que ha habido en el bien inmueble una previa entrada “sin oposición o con permiso de su legítimo titular”, y permanece en él una vez que es requerido por éste para que lo abandone. Lo importante es que el titular del inmueble se opone a la ocupación, que puede surgir desde un principio (ocupar), o después (mantenerse)⁷²³.

El mantenimiento tiene que suponer seguir en posesión del bien inmueble, edificio o vivienda no constitutivos de morada con las mismas condiciones de la ocupación, aunque la posesión inicial tuviera como origen un justo título o la anuencia del titular⁷²⁴.

nº 536/2014, rec. 251/2014, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2014/174594): “Se refiere a la ocupación de inmuebles que no constituyan morada o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular... Apreciándose en el caso de autos por las acusaciones y la sentencia recurrida la modalidad de mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular, estima este Tribunal que dicha modalidad será de apreciación cuando esa posesión en la que se mantiene el autor del delito, fue adquirida por medios que pueden ser penalmente irrelevantes aunque no lícitos (por ejemplo, por medio de tercero que se atribuía una titularidad que no le correspondía o simplemente accediendo al inmueble sin que constara la prohibición expresa o tácita del titular) adquiriendo relevancia penal el mantenimiento en la posesión cuando esa voluntad del titular contraria a la ocupación se expresa de forma clara”.

⁷²³ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 203; HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales*... *Op. cit.*, Págs., 160-161.

⁷²⁴ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Págs., 6-7. “Con la alusión a la acción “mantenerse”, el legislador no ha pretendido criminalizar una acción de invasión del bien inmueble ajeno de forma más o menos permanente distinta a la simple ocupación, sino prever expresamente los supuestos de ocupación iniciados con una entrada lícita, consentida o sin

B) Omisión propia

Esta segunda modalidad de la ocupación pacífica (mantenerse) es un delito de omisión propia, a semejanza de lo que ocurre en el segundo inciso del artículo 202.1 del Código Penal en relación con el de allanamiento de morada. Lo importante no es tanto el permanecer como el *no marcharse*⁷²⁵.

oposición del titular aunque con posterioridad el titular manifestare ésta. Y no ha querido añadir esa nota de permanencia en la expresión "mantenerse" porque ese es ya un elemento característico de la ocupación tal y como ha sido definida. Cuando se ocupa se despoja al titular de su vinculación fáctica con el inmueble, subrogándose en su posición jurídica, es decir, comportándose como si se fuera el propietario o titular del derecho real y por tanto, desarrollándose... de forma permanente". BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Pág., 131.

⁷²⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)...* Op. cit., Pág., 478; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 223; JORGE BARREIRO, A.: << Capítulo 27.- Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sección 2ª.- Allanamiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 875-876. "El allanador que se encontraba ya en el interior de la morada sin contrariar la originaria voluntad del morador, a partir del momento en que se le opone la voluntad de éste, da inicio a la concreción de la hipótesis típica omisiva". POLAINO NAVARRETE, M.: << Lección 14ª.- Allanamiento de morada, domicilio y establecimiento >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo I. Adaptadas a las Leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.). Ed. Tecnos. Madrid 2010. Pág., 256. "Las infracciones punibles, los delitos y las faltas, pueden consistir en "acciones" o en "omisiones". Ello se corresponde con las dos formas de comportamiento que el ser humano adopta en una determinada situación: hacer o dejar de hacer algo. No existe una tercera forma de conducta". PEÑARANDA RAMOS, E.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 3.- Tipicidad en los delitos omisivos >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág. 154. "En efecto, "acciones y omisiones" designan el elemento básico de la acción o conducta en sus modalidades activa y pasiva (aunque para designar a esta última se utilice —siguiendo el lenguaje coloquial de contraposición de la omisión a la acción— la categoría normativa de omisión, que no es cualquier pasividad, sino sólo el no hacer algo debido y ello a su vez mediante pasividad o mediante otra conducta activa)". LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 124. "La definición legal del delito expresa dos formas básicas del comportamiento típico: las acciones y las omisiones... Del juicio de valor, en que la norma consiste, puede desprenderse un deber de actuar o, por el contrario, un deber de abstenerse de actuar. En el seno del Derecho penal, puesto que queda a su cargo la protección de las condiciones mínimas de la coexistencia social, lo ordinario será que de sus normas se deduzcan prohibiciones y, sólo excepcionalmente, mandatos (lo contrario resultaría incompatible con la "libertad de los modernos" que es, ante todo, libertad negativa)... En principio puede, pues, afirmarse, que los tipos delictivos se dividen en dos grandes grupos: *tipos cuya realización exige una acción positiva* (que serán aquellos de los que se deriven prohibiciones de actuar en un sentido determinado), y *tipos cuya realización tiene lugar por un simple no hacer, por un omitir* (que serán aquellos de los que se deriven mandatos)". COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 383. "La omisión, por tanto, es como la acción, fundamentalmente e incluso esencialmente de naturaleza normativa. Es decir, la omisión es la no ejecución de un obrar esperado por el ordenamiento jurídico. En ello reside la esencial semejanza normativa entre acción y omisión como formas de comportamiento humano. Son expresiones de la voluntad llenas de contenido de sentido, con independencia de su diversidad óptica. En los *delitos omisivos*, el tipo de injusto lo constituye la espera que el ordenamiento jurídico configura de una acción que efectivamente, se omite. Es decir, la posición de deber de los tipos omisivos es el núcleo de dichos tipos de injusto y a su vez, datos exteriores, perceptibles por los sentidos

La Jurisprudencia *menor* sostiene que la novedad del precepto legal, introducida en el Código vigente, radica en la criminalización de conductas ocupatorias de inmuebles ajenos, tanto en su vertiente positiva de ocupar, cuanto en la negativa del que se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular; afirmando que “se trata, pues, tanto de un delito de comisión [en su modalidad de ocupar] cuanto de omisión [en su modalidad alternativa de mantenerse]”⁷²⁶.

de los correspondientes hechos omisivos”. SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 107-108. “Tanto la acción como la omisión consisten substancialmente en la infracción de un deber: en el primer caso, se infringe una norma prohibitiva (*v.gr.*, ¡no matar! y se mata), y en el segundo, una norma preceptiva (*v.gr.*, ¡alimenta a tu bebé! y no se alimenta, muriendo por inanición). Dentro de la modalidad omisiva de actuación, pueden distinguirse dos formas de realización del tipo: la omisión pura o propia y la comisión por omisión (también llamada omisión impura o impropia), que se diferencian en función del deber que se infringe en cada caso. De este modo, tres son las modalidades o formas de la acción en Derecho penal: a) la acción positiva (acción *stricto sensu*); b) omisión pura o propia y c) comisión por omisión”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* *Op. cit.*, Pág., 63. “En todo delito de omisión pura se describe una situación típica, en la que se omite una determinada acción, pese a que el sujeto podía haberla realizado. La estructura del tipo de omisión pura consta, pues, de los tres elementos siguientes: a) la situación típica; b) la ausencia de una acción determinada; c) la capacidad de realizar esa acción”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 322. “Los delitos puros de omisión consisten... en no hacer algo... La semejanza en la estructura de los delitos de acción y omisión obliga a prestar particular atención a la voluntad de la ley para decidir si estamos ante un delito de acción o de omisión pura. Por ejemplo, en el delito de elaboración no autorizada de sustancias nocivas, el acento no recae en elaborarlas, sino en la falta de autorización (art. 341 [del TR 1973, art. 359 CP 1995]); en el allanamiento de morada por mantenerse en ella contra la voluntad del morador, lo importante no es el permanecer, sino el no marcharse (art. 490, párrafo primero [del TR 1973, art. 202.1 CP 1995]). Los deberes cuyo incumplimiento se eleva a la categoría de delito pueden provenir de otras ramas del derecho... también pueden ser fundados directamente por la propia ley penal, como sucede en el delito de omisión de socorro... En cualquier hipótesis, se trata siempre de deberes *jurídicos* de actuar, no de meros deberes morales. En los delitos puros de omisión, ésta se halla siempre tipificada, prevista expresamente en la ley. Su estructura es pareja a la de los delitos de simple actividad, por lo que también recibe el nombre de *delitos de simple inactividad*: en ellos la ley no exige la producción de un resultado, en el sentido de una modificación del mundo exterior”. RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 383-385. “La omisión es esencialmente normativa, puesto que la omisión que al Derecho penal interesa no es la que simplemente consiste en “no hacer algo determinado” o en “hacer nada”, sino la que consiste en “no hacer algo que el Ordenamiento impone que se haga”, lo que puede darse tanto si el sujeto permanece en la pasividad más absoluta cuanto si hace algo distinto de lo que el Ordenamiento le impone que haga... El comportamiento típico en los delitos de omisión consiste... en la no realización, por quien está en condiciones de llevarla a cabo, de una determinada conducta que impone el Ordenamiento jurídico”. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* *Op. cit.*, Págs., 559-560.

⁷²⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 5-6-2002, nº 324/2002, rec. 103/2002, Pte: Mendoza Muñoz, Julio (EDJ 2002/48608). Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239): “En esta segunda forma comisiva nos hallamos ante una *omisión* que parte de una situación posesoria previa”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, A 30-4-2008, nº 37/2008, rec. 297/2006, Pte: López Chacón, María Jesús (EDJ 2008/60274): “Si en la primera modalidad (ocupación) se parte de una acción positiva que se revela arbitraria, en cuanto se ejecuta con abstracción de la voluntad del titular y, frecuentemente, sin su conocimiento, en esta segunda forma comisiva nos hallamos ante una *omisión* que parte de una situación posesoria previa”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “Cabe realizar el tipo, por vía comisiva u *omisiva*,

C) Tipo mixto alternativo

Si la ocupación inicial fue disentida, no puede apreciarse la segunda modalidad por más que el sujeto persista en su actitud de no abandonar el inmueble. Todo lo relevante de la segunda modalidad se halla ya contenido y anticipado en la primera. No cabe un concurso entre ambas modalidades del delito que pudiera dar lugar a la llamada progresión criminosa⁷²⁷.

con dolo directo o eventual". Vid., RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.... *Op. cit.*, Pág., 157.

⁷²⁷ SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia...* *Op. cit.*, Págs., 877-878. "A la ocupación se equipara el mantenerse ilícitamente en el inmueble cuando se ha entrado correctamente en él, como tipo alternativo". MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 397. "Consiste la... [conducta típica] en la ilícita, esto es, no autorizada jurídicamente, ocupación del inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, así como, alternativamente, en el mantenimiento en los mismos contra la voluntad de su titular". BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* *Op. cit.*, Pág., 239. "La opción legislativa no permite, en todo caso, duda alguna, ya que el Código Penal de 1995 no sólo ha criminalizado ese acto de ocupación pacífica del inmueble vacío, sino que, además, en el mismo precepto, se ha construido... una modalidad alternativa de esta misma infracción, consistente en mantenerse el sujeto activo en el "inmueble, vivienda o edificio ajenos"... contra la voluntad de su titular". MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 344-345. "Según que el tipo describa una sola acción, varias a realizar, o varias alternativas, concurrirá un delito de un acto, de pluralidad de actos, o alternativo, respectivamente... Ejemplo de delito alternativo: el allanamiento de morada (art. 202), cuyo tipo prevé dos modalidades posibles, la entrada en morada ajena o el mantenerse en ella contra la voluntad del morador. Cualquiera de ambas basta". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Págs., 235-236. "Comparten características de ambos [delitos simples y complejos] los llamados tipos mixtos alternativos, en los que el delito admite distintas formas de comisión, pero la presencia de cualquiera de ellas aisladamente perfecciona el tipo". MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág. 130. "Los tipos mixtos describen diversas conductas pero como disyuntiva, separadas por la conjunción "o". La principal consecuencia, a efectos concursales, es que es una cuestión interpretativa (fundamentalmente de interpretación teleológico-valorativa) decidir si hay o no concurso de delitos si se realiza más de una de las acciones. Si se interpreta que no hay concurso de delitos, estamos ante tipos mixtos alternativos, en los que es indiferente que se realice una u otra acción o todas ellas, por entender que no se añade mayor desvalor... En cambio, se denominan tipos mixtos acumulativos aquellos en que hay tantos delitos como conductas por interpretarse que la adición de la otra modalidad añade mayor desvalor al hecho". LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 168. "Desde el punto de vista intrínseco, se distingue entre *tipos simples* y *tipos compuestos*. En la doctrina, esta terminología se utiliza en un sentido ambiguo que, unas veces, hace referencia a la acción y otras al injusto: así, en ocasiones, se dividen los tipos en simples y compuestos, atendiendo a que describan una o más acciones y, en otras, se habla de tipo compuesto para designar al que reúne en sí los contenidos de injusto de varios simples. Especial relevancia en orden a la formulación tienen los llamados *tipos mixtos*, en los que la Ley describe diversas modalidades del actuar punible, generalmente, aunque no siempre, unidas por la disyuntiva "o". La doctrina distingue entre *tipos mixtos alternativos*, que resultan cumplimentados por la presencia de cualquiera de las formas de conducta alternativamente descritas por el texto legal, sin que la presencia de

Así, afirma MANZANARES SAMANIEGO: “la alternatividad de las conductas... impide acudir a la segunda cuando el destinatario de la orden hubiera sido previamente un ocupante incluido en el primer supuesto”. Continúa el referido autor aseverando: “La modalidad pasiva demanda... que la persona compelida a retirarse no sea ya autor de la otra variante. El delito de mantenimiento se dirige sólo contra quienes reciben la conminación sin haber delinquido antes por la ocupación previa”⁷²⁸.

Las posibles conductas que integran el tipo delictivo se formulan alternativamente: *ocupar o mantenerse*, con el mismo esquema empleado en el delito de allanamiento de morada. La alternatividad exige, pues, que sean distintos los supuestos que se incluyan en cada una de las modalidades. HERRERO HERRERO dice: “Esa perseverancia ha de realizarse "contra la voluntad" del titular del inmueble afectado. Ello supone que la "ocupación" inicial se ha llevado a cabo con la anuencia de aquél porque, de lo contrario, no tendría sentido incluir, de forma alternativa, el verbo ocupar y el verbo mantenerse. Porque mantenerse sería, entonces, el efecto connatural de la ocupación. Mantenerse exige, aquí, que el titular, que, en principio dio su consentimiento para "ocupar", a partir de determinado momento, ha retirado su conformidad”⁷²⁹.

varias de ellas en el supuesto de hecho suponga la multiplicidad de delitos, y *tipos mixtos acumulativos*, en los que cada una de las modalidades configura un delito y, en consecuencia, la concurrencia de varias determina un concurso de infracciones. Esta terminología es incorrecta, puesto que los llamados tipos mixtos acumulativos no representan, en realidad, la concreción legal de *un* tipo, sino la de varios. Se trata, por consiguiente, de figuras legales mixtas, que comprenden en sí diferentes tipos, cada uno de los cuales es, sin embargo, simple”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 437. *Vid.*, SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 118-119; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 275; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 118.

⁷²⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 914.

⁷²⁹ HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Pág., 161; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 19.

La Jurisprudencia *menor* sostiene que el tipo penal del apartado segundo del artículo 245.2 del Código Penal recoge una “doble conducta delictiva de modo alternativo”⁷³⁰.

Aunque definimos ambas conductas como alternativas, al tipo lo clasificamos como mixto alternativo. Sostenemos que se ocupa o se mantiene, pero no y se mantiene (FERNÁNDEZ APARICIO), y que la alternatividad impide acudir a la segunda modalidad cuando el destinatario de la orden de desalojo es un ocupante incluido en el primer supuesto (MANZANARES SAMANIEGO)⁷³¹. El hecho de que el precepto penal pariguale las dos conductas que sanciona (ocupar, mantenerse), se debe en primer término, porque afectan al mismo bien jurídico que se trata de proteger, y, en segundo término, porque ambas tienen en la mente del legislador la misma intensidad en el ataque al bien jurídico, y que, como elementos comunes a las dos formas comisivas, aparte de los afectantes al objeto material del delito (inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada) y a la ajenidad de éste, requieran la arbitrariedad de la conducta, bien porque se obre sin autorización, bien porque se actúe contra la voluntad del titular. Por último, que se necesite desde el punto de vista de la antijuridicidad material, la lesión efectiva del bien jurídico protegido, lleva a que erróneamente algún autor y alguna resolución

⁷³⁰ Vid., Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 7-7-2005, nº 374/2005, rec. 121/2005, Pte: Ramos Almenara, Pedro (EDJ 2005/308442); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 29-10-2002, nº 387/2002, rec. 328/2002, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2002/101204): “El tipo penal del apartado segundo del artículo 245.2 del Código Penal recoge una *doble conducta delictiva de modo alternativo*: el ocupar sin autorización debida o el mantenerse contra la voluntad del titular. En el segundo caso es necesario que el titular manifieste su oposición no así en el primero en el que la falta de autorización determina la tipicidad de la conducta, de forma similar al delito de hurto al requerir la falta de voluntad del dueño y no la oposición del dueño”. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, A 27-3-2009, rec. 2032/2007, Pte: Hernández Plasencia, José Ulises (EDJ 2009/89013): “Debe tenerse en cuenta que el delito de usurpación es un delito patrimonial de resultado, que viene constituido por la ocupación del inmueble, vivienda o edificio ajenos. Además, la usurpación del art. 245.2 del CP constituye un tipo penal de conducta alternativa, pues puede cometerse tanto ocupando el bien patrimonial “sin autorización debida” como manteniéndose en el mismo “contra la voluntad de su titular”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 31-1-2005, nº 69/2005, rec. 5/2005, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2005/16505): “Lo que plantea el recurrente es la opción alternativa que también se recoge en el tipo penal, que es la situación de mantenerse, pero esta opción es alternativa, ya que en el tipo penal se sancionan en el apartado 2º dos formas de actuar. Vemos, pues, que la opción punitiva que recoge el apartado 2º del art. 245 CP es doble”.

⁷³¹ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*... *Op. cit.*, Pág., 1317; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223.

judicial no consideren la alternatividad sino la yuxtaposición, la acumulación de las conductas⁷³².

⁷³² FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*... *Op. cit.*, Pág., 1317; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-2-2007, nº 125/2007, rec. 55/2007, Pte: Hidalgo Abia, Miguel (EDJ 2007/63337): "Ocupan los acusados, en el caso de autos, la vivienda bajo A de la calle... de la localidad de Alcalá de Henares, sin la debida autorización del Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA), propietaria de la misma, con objeto de habitarla ellos y sus hijos. Ocupación que tiene lugar a mediados de agosto de 2003 y que se prolonga en el tiempo, pese a constarles la oposición del referido organismo propietario de la vivienda, uno de cuyos inspectores se entrevista con los acusados y, con fecha 12-11-03, les requiere para que la desocupen, a los que se niegan, manteniéndose en ella pese a la expresa oposición de su titular. Provocando que éste, el IVIMA, se vea en la precisión de formular denuncia el 19-11-03, originadora del presente procedimiento, en el que ambos acusados prestan declaración, respectivamente Nieves y Millán, los días 1 y 4-12-03, en cuyas fechas seguían manteniéndose en la vivienda, la cual finalmente abandonaron antes del 10-2-04. Hay, pues, una ocupación efectiva y permanente de la vivienda durante al menos cuatro meses, los tres primeros de ellos mediante una ocupación sin autorización debida y con designio de habitarla y, a continuación un mantenimiento en tal vivienda ajena, pese a la oposición de la titular y del requerimiento expreso que ésta le hace para que la desocupe. Continuando habitándola incluso conociendo que se les había denunciado y se había abierto causa penal contra ellos. Conocimiento este último que dimana de la citación que se les cursa el 24-11-03 para que comparezcan ante el Juzgado instructor el 1-12-03 para prestar declaración. Lo que efectúan, reconociendo a tal fecha que siguen habitando la vivienda. Ocupación de la vivienda y mantenimiento en ella que no es puntual o episódica, sino con vocación de permanencia y de convertirla en su domicilio habitual. Apreciación que no se desvirtúa por el hecho de que tal ocupación finalizase tras unos cuatro meses, pues si pusieron fin a la misma es porque se vieron requeridos de desocupación, primero, y denunciados penalmente después, con apertura de un procedimiento contra ellos en calidad de imputados. *Los hechos son legalmente constitutivos del delito de usurpación analizado, introducido por el legislador para poner fin a la ocupación indebida de inmuebles, vivienda o edificios ajenos que no constituyen morada, así como el mantenimiento de tal ocupación cuando consta la oposición o voluntad en contra de su titular. Dándose en el caso de autos tanto una como otra manifestación de la conducta típica recogida en tal tipo penal*". Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224): "De las pruebas practicadas en el presente caso se acredita suficientemente la concurrencia de los elementos integrantes del ilícito penal objeto de acusación y así se constata que Desiderio procede voluntariamente a penetrar en la vivienda sita en la calle..., de la localidad de Miranda de Ebro, conociendo la ajenidad de la vivienda y la carencia de título legal para ello. Permanece en la misma por un periodo de, al menos ocho meses, con la intención de usar la vivienda como propia en detrimento de las expectativas dominicales que pudieran corresponder a sus legítimos propietarios o poseedores, acreditándose dicha intención por lo prolongado de su estancia, en la que procede al cambio de la cerradura de la puerta de acceso al inmueble, al enganche ilegal al tendido eléctrico y a la apertura de las llaves de suministro de agua, y por manifestar a los requerimientos del propietario, Julián, que no va abandonar voluntariamente el uso del inmueble, logrando dicho propietario el desalojo solo al obtener el desahucio por vía judicial... No logra el desalojo de la vivienda ni con la presentación de la presente denuncia penal y la actuación de identificación llevada a cabo por los agentes de la Policía Local intervinientes, debiendo de citar en este punto la sentencia de la Sección 3ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de enero de 2011, que nos indica que "el delito de usurpación de bien inmueble ha sido "introducido por el legislador para poner fin a la ocupación indebida de inmuebles, vivienda o edificios ajenos que no constituyen morada, así como el mantenimiento de tal ocupación cuando consta la oposición o voluntad en contra de su titular" estimando que la mera ocupación con vocación de permanencia es delito y que incluso la negativa del usurpador a abandonar la vivienda después de un requerimiento expreso o, aún sin requerimiento, después de conocer la existencia del procedimiento penal, constituye delito de usurpación dado que el tipo penal no sólo castiga la ocupación, sino la permanencia en el inmueble en contra de la voluntad del titular y en el presente caso es patente que la recurrente permaneció en el interior del inmueble en contra de la voluntad de su propietario, incluso con posterioridad a haber tenido conocimiento de que se seguía contra ella el presente

En opinión de ROCA AGAPITO: “mantenerse no deja de ser una forma de ocupar... o mejor dicho: quien ocupa lo hace para mantenerse en el uso y disfrute de la cosa”. Y BAUCCELLS Y LLADOS: “La acción de "mantenerse" se deduce de la lógica dinámica de la acción "ocupar". El que ocupa lo hace para mantenerse en esa posesión, para permanecer en ese dominio sobre la cosa, puesto que de lo contrario ya no se desarrollaría la acción de "ocupar", sino simplemente la de "entrar"”⁷³³.

procedimiento por un delito de usurpación””. Audiencia Provincial de Navarra, sec. 1ª, S 27-6-2008, nº 94/2008, rec. 5/2008, Pte: Erice Martínez, Mª Esther (EDJ 2008/176844): “Los hechos declarados probados en la presente resolución son constitutivos de un delito de usurpación no violenta de inmueble previsto y penado 245.2 del Código Penal, toda vez que se ha acreditado la ocupación de un inmueble ajeno, sin autorización del propietario, e incluso en contra de su opinión concretamente expresada y comunicada a los ocupantes, quienes conocían tanto la identidad del propietario de la vivienda, como la ausencia de autorización del mismo para continuar ocupando aquella, según se desprende del relato fáctico de la sentencia dictada en la primera instancia, relato que se mantiene en sus mismos términos”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-1-2011, nº 45/2011, rec. 6/2011, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2011/29569): “La sentencia impugnada contiene el siguiente relato de hechos probados: Queda probado y así se declara que en fecha 4 de marzo de 2008 la acusada Doña Zulima... sin utilizar violencia o intimidación y sin contar con la autorización de su propietario, penetró en la vivienda que no constituía morada ubicada en la Calle Schubert, núm. 17 de Sabadell, propiedad de la mercantil Construcciones B.Z.K., donde continúa residiendo pese al conocimiento de la oposición del propietario, a la fecha de celebración del Juicio. No queda acreditada ninguna situación de necesidad en la acusada que hubiera justificado la penetración en la citada propiedad. El representante legal de la mercantil insta la devolución de la finca... El recurrente alega, en primer lugar, que no existe constancia alguna en las actuaciones de que Zulima fuera requerida para que abandonara el inmueble, siendo dicho requerimiento un requisito necesario para poder apreciar la concurrencia del tipo penal de usurpación previsto en el art. 245.2 del Código Penal. El motivo de impugnación alegado no puede prosperar, sin que podamos añadir otros argumentos que los ya expuestos en la sentencia dictada en la instancia, en la que se resuelve la cuestión objeto de controversia en los siguientes términos: el delito de usurpación de bien inmueble ha sido "introducido por el legislador para poner fin a la ocupación indebida de inmuebles, vivienda o edificios ajenos que no constituyen morada, así como el mantenimiento de tal ocupación cuando consta la oposición o voluntad en contra de su titular" estimando que la mera ocupación con vocación de permanencia es delito y que incluso la negativa del usurpador a abandonar la vivienda después de un requerimiento explícito o, aún sin requerimiento, después de conocer la existencia del procedimiento penal, constituye delito de usurpación dado que el tipo penal no sólo castiga la ocupación, sino la permanencia en el inmueble en contra de la voluntad del titular y en el presente caso es patente que la recurrente permaneció en el interior del inmueble en contra de la voluntad de su propietario, incluso con posterioridad a haber tenido conocimiento de que se seguía contra ella el presente procedimiento por un delito de usurpación”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 12-4-2007, nº 390/2007, rec. 15/2007, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2007/122728): “Por otra parte, en nada afecta a la tipicidad de la conducta de los acusados el hecho de que el requerimiento que les efectuó el IVIMA para que abandonaran la vivienda se produjera con posterioridad a la presentación de la denuncia e incluso a que los denunciados declararan en el Juzgado como imputados, ya que el delito previsto en el art. 245.2 del C. Penal tipifica como delictiva tanto la conducta de quien ocupa sin autorización debida un inmueble como la del que se mantiene en él contra la voluntad de su titular; ello quiere decir que los acusados al acceder a la vivienda sin autorización de su titular ya cometieron la conducta típica puesto que en ningún caso podían entender que estaban actuando lícitamente al entrar a vivir en una vivienda que no era suya; pero aun cuando no se entendiera así, lo que si es evidente es que habrían cometido el delito por el que han sido condenados al permanecer en la referida vivienda sin atender al requerimiento de desalojo que les efectuó el IVIMA puesto que a partir de dicho requerimiento se mantuvieron en la vivienda contra la voluntad de su titular”.

⁷³³ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA

En la misma línea argumental, ZULUETA, quien no distingue entre ocupar y mantenerse, “pues cuando uno ocupa un inmueble, se mantiene, y cuando se mantiene es porque ocupa”; considerando que la alternatividad de la conducta, en vez de la acumulación de las dos actuaciones, ocupar y mantenerse obedece a “la posibilidad de desalojo de las actuales okupaciones que, o bien carecen de denuncia, o bien ésta ha sido archivada”⁷³⁴.

D) Derogación del precepto vía interpretativa

En contra de lo anteriormente expuesto sobre necesidad de una previa ocupación lícita para que exista esta segunda modalidad usurpatoria de *mantenerse*, y que según lo

PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 203; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*... *Op. cit.*, Pág., 132; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 22. En la misma línea de pensamiento se muestra NOGUEIRA GANDÁSEGUI al decir: “El verbo “mantenerse”, indica una intención del individuo, que ya se encuentra en el interior del inmueble, de continuar en ese lugar contra la voluntad de su titular. Realmente, quien se mantiene ocupa igualmente, pues llena un espacio constituido por el objeto material y pretende excluir del [debe decir de él] a su titular. De esta forma estaríamos delante de una redundancia o de un pleonismo... Así pues, a nuestro parecer, “ocupar” incluye tanto la entrada ilegítima en sí como la permanencia ilegítima después de una entrada legítima”. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales*... *Op. cit.*, Pág., 127. Como hemos visto anteriormente, un importante y numeroso sector doctrinal exige que la ocupación sea duradera en la primera modalidad de comisión, de “sin autorización debida”; no así en la segunda modalidad “de mantenerse contra la voluntad de sus titular”, que no parece exigir este requisito temporal. Así MAGRO SERVET: “el que el legislador haya distinguido entre estas dos modalidades comisivas es suficientemente significativo de que la primera modalidad de “ocupación sin autorización” requiere de una duración temporal de suficiente entidad, no meramente simbólica, y una voluntad real del sujeto de mantener sine die la situación así producida”. Una interpretación *a sensu contrario*, implica que no se requiere de una prolongación temporal de suficiente entidad en la modalidad comisiva de “mantenerse contra la voluntad”, pudiendo considerarse consumado el delito desde que existiendo la voluntad contraria a la permanencia se desatiende la orden del titular por parte del sujeto activo, transcurriendo un tiempo superior al necesario para el abandono del inmueble. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*... *Op. cit.*, Pág., 89. “La “ocupación” de la primera modalidad de usurpación pacífica del art. 245.2 (la positiva) tiene un mayor componente temporal que la simple “entrada” en el delito de allanamiento de morada y en esa nota distintiva debe proyectarse de alguna manera en la tipicidad pasiva de la usurpación. Con otras palabras, el cumplimiento inmediato de la orden de retirada será generalmente más fácil, y por ende más exigible, en el allanamiento que en la usurpación. Se trata de una desobediencia cuya constatación habrá de realizarse según las circunstancias todas de cada caso”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 912-913. “El retraso en cumplir lo ordenado será valorable para determinar si hubo o no desobediencia, pero se sitúa extramuros del *iter criminis*, más o menos a semejanza de lo que acaece en el allanamiento pasivo de morada”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 914.

⁷³⁴ Vid., ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar*... *Op. cit.*, Pág., 55.

ya manifestado surgiría en el momento en que el titular retira la autorización sin que el inicialmente autorizado abandone el inmueble, MARTÍNEZ GARCÍA dice: “No es indiferente la forma en que el autor consiguió la posesión. La inicial ilegitimidad, en el sentido de ausencia de causa jurídica, de la adquisición de la posesión está presente en el tipo penal, en el sentido de que no provenga de ninguna relación jurídica previa entre el titular y el poseedor actual, pues en el supuesto contrario, esto es, cuando hubo una inicial concesión de la posesión jurídicamente válida, el cese de la misma es cuestión estrictamente civil”, estimando que en todos los casos de posesión adquirida regularmente por consecuencia de una relación jurídica privada o civil es el Derecho civil el único que ha de regular los supuestos de cese y las consecuencias de éste, y concluyendo que únicamente ingresarían en el Derecho penal los casos en que “puesto definitiva y judicialmente fin a la situación posesoria, el detentador reingresa en la posesión o se mantiene pese a la conciencia de haber concluido la relación jurídica que inicialmente le amparaba”, como ocurre en el caso de que, tras la adjudicación judicial del inmueble y dada la posesión al adjudicatario, retorna el anterior ocupante a la misma o no cesa en ella. Así quedan excluidos del tipo, y se trataría de un asunto a resolver en la vía civil: la situación del precario; los arrendatarios que, una vez resuelto o finalizado su contrato, se mantienen ocupando la vivienda hasta que se produce el lanzamiento; el supuesto de los vendedores de un piso que, tras la venta, permanecen durante un tiempo ocupando el piso; los anteriores propietarios de la vivienda que han sido privados de ella mediante un juicio de ejecución hipotecaria, en tanto en cuanto el lanzamiento no se haya realizado en legal forma...

Sin embargo, sí se han considerado delictivos: el supuesto de unas personas que contrataron el alquiler de un piso para una determinada fecha, y con la excusa de que querían verlo con anterioridad lograron que les dejaran las llaves, trasladándose al piso ese mismo día, antes del plazo contractualmente pactado, cambiaron el bombín de la puerta, y no permitieron la entrada de los propietarios, a los que después no pagaron renta alguna... los subarrendatarios de un piso, a los que el arrendatario les había arrendado verbalmente el uso de una habitación de la vivienda sin conocimiento ni consentimiento del propietario, y que después de marcharse el arrendatario del inmueble

permanecieron en él sin pagar renta alguna, conociendo la identidad del propietario y que no tenían su autorización para mantenerse ocupando la vivienda”⁷³⁵.

Adviértase que los supuestos que MARTÍNEZ GARCÍA ejemplifica como delictivos serían más propios de la modalidad de ocupación que de la alternativa de mantenimiento.

⁷³⁵ Vid., MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 960-961. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273): “Por ello, en esta modalidad comisiva, no es indiferente la forma en que el autor consiguió la posesión. La inicial ilegitimidad, en el sentido de ausencia de causa jurídica, de la adquisición de la posesión está presente en el tipo penal, en el sentido de que no provenga de ninguna relación jurídica previa entre el titular y el poseedor actual, pues en el supuesto contrario, esto es, cuando hubo una inicial concesión de la posesión jurídicamente válida, el cese de la misma es cuestión estrictamente civil, como lo es toda aquella que supone el reconocimiento del derecho a hacer cesar esa situación y a liquidar el estado posesorio. Así, en los casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya sea por la concesión de un verdadero y propio precario, o en aquellos otros en que por efecto también de un contrato el que está poseyendo adquiere la obligación de entregar la posesión a la contraparte contractual estaremos en supuestos extraños al Derecho penal. Se trata en todos ellos de posesión adquirida regularmente por consecuencia de una relación jurídica privada o civil y es el Derecho civil el único que ha de regular, como regula, los supuestos de cese y las consecuencias del mismo. Únicamente, de entre ellos, ingresarían en el Derecho penal, los casos en que puesto definitiva y judicialmente fin a la situación posesoria, el detentador reingresa en la posesión o se mantiene pese a la conciencia de haber concluido la relación jurídica que inicialmente le amparaba. Son los casos del que tras la adjudicación judicial del inmueble y dada la posesión al adjudicatario, retorna a la misma o no cesa en ella, caso que es el contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 29 de marzo del 2.001, citada por la acusación particular, en la que el anterior propietario, a consecuencia de un proceso de ejecución, entrega formalmente y ante el Juzgado la posesión, pero luego impide al adjudicatario acceder realmente a la misma”. “Es preciso concretar que solo se acudiría a la vía penal en los casos de ocupación ilegal, no cuando se trate de supuestos en los que los moradores puedan acreditar, de alguna manera, un derecho posesorio, lo que llevaría al denunciante a tener que acudir a la vía civil para interponer una demanda de precario”. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*... *Op. cit.*, Pág., 90. “La voluntad excluyente puede ser dada después de la ocupación, pero si ésta se llevó a cabo con autorización debida, la posterior voluntad de exclusión del titular del derecho no perfeccionará el delito porque para el lanzamiento deberá acudir a la jurisdicción civil”. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*... *Op. cit.*, Pág., 576. “Deberá ser resuelto en vía civil y no plantearse en vía penal. Véase el caso de un precarista al que se le comunica fehacientemente que ha de abandonar el edificio que ocupa y él cree que existe un contrato de arrendamiento por cuanto satisface determinados gastos de la finca. Nos preguntamos ¿tiene este individuo autorización del titular para seguir permaneciendo en el inmueble?; ¿está delinquiendo? Ciertamente estimo que no... Parece como si quedara al arbitrio del propietario la comisión del delito. Si la autorización para ocupar tiene término ¿significa ello que el ocupante si permanece en la vivienda cometerá el delito de que se trata?”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1318. “Esta criminalización no tiene en cuenta, sin embargo, que ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación, y que en principio, el problema se debe situar en esta vía, sin necesidad de reforzar los derechos legítimos, cuando lo son, de los titulares por la vía penal”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 397.

En esta línea interpretativa sostiene MUÑOZ MARÍN: “En este sentido hay que descartar como constitutivo del tipo aquellos supuestos en que una persona venga ocupando el inmueble por cualquier tipo de contrato, ya sea verbal o escrito, pagando un precio o merced por el mismo, y deja de abonarlo. En estos casos nos encontramos obviamente ante una cuestión civil que deberá resolverse por los procedimientos civiles oportunos. La misma respuesta habría que dar a los casos en que una persona disfruta del inmueble en precario”⁷³⁶.

Esta interpretación del precepto supone una derogación o despenalización *de facto* del mismo⁷³⁷.

E) Toma de postura: Interpretación restrictiva; ni extensiva ni derogatoria

No faltan autores que pretenden derogar vía interpretativa el ámbito de aplicación de esta segunda modalidad comisiva manteniendo que no puede considerarse típica cualquier entrada previa lícita. Opinamos que no es necesario llegar a tal extremo, siendo suficiente con una interpretación restrictiva, pero no derogatoria del precepto penal.

No hay por qué realizar una interpretación del precepto que suponga una derogación o despenalización *de facto* del mismo, pues, lo que veda el Derecho Penal es extender su aplicación *in malam partem* a supuestos no previstos aplicando la analogía,

⁷³⁶ MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* Op. cit., Pág., 170.

⁷³⁷ Vid., Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 6-7-2007, nº 166/2007, rec. 10/2006, Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2007/202155): “No cabe ocultar la dificultad que concurre ya no sólo para la identificación de los elementos del tipo sino de su propio perímetro de protección y el consiguiente *riesgo de que por una falsa puerta interpretativa el juez pueda "destipificar" la conducta, objeto de prohibición*”. Esta sensación de derogación vía interpretativa la percibe el recurrente cuando el tribunal *ad quem*, Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, Mª Paz (EDJ 2003/191683), llega a decir: “En el presente caso, examinadas las actuaciones, no cabe sino compartir la valoración efectuada por la Juzgadora de Instancia y la adecuación del contenido absolutorio del fallo a la prueba y a la legalidad vigente. *No se puede compartir la impresión que da el recurrente de que la Juzgadora ha usado los principios penales y se ha hecho eco de determinada doctrina jurisprudencial para derogar por la vía de la interpretación el precepto penal que resulta de aplicación*. El tipo previsto en el artículo 245 del Código Penal se ubica dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socio económico, a través del cual el legislador pretende proteger las facultades integrantes de los derechos reales inmobiliarios que permitan el uso y disfrute de los mismos, puesto que ya existen otros tipos penales que protegen aspectos diversos”.

pero no la correcta aplicación del precepto; es decir, está vedada tanto la analogía *in malam partem* como la interpretación extensiva⁷³⁸.

El artículo 245 del Código Penal ha suscitado una fuerte polémica desde su entrada en vigor, principalmente desde una perspectiva ideológica (de posicionamiento político, si se quiere) pero también de técnica jurídica, dados los evidentes puentes entre la norma penal y las instituciones de carácter civil. Desde la primera perspectiva el rol

⁷³⁸ “La interpretación extensiva está prohibida en cuanto se trata de fundamentar o agravar una responsabilidad criminal... La aplicación analógica supone verdadera *creación* del Derecho, precisamente para regular casos no previstos por la ley. De ahí que la fundamentación o agravación de una responsabilidad criminal invocando la analogía (*analogía in malam partem*), aparezcan prohibidas por el principio de legalidad”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 111-113. Ciertas resoluciones judiciales vienen a postular la aplicación del precepto penal a la vista del principio de legalidad y al margen de ciertas consideraciones interpretativas, entendemos que tendentes a la derogación. Así la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 12-2-1999, nº 103/1999, rec. 29/1999, Pte: Maza Martín, José Manuel (EDJ 1999/7078): “En definitiva... al margen de otras consideraciones interpretativas también alegada (voluntad del legislador, aplicación de la norma penal, etc.), hemos de afirmar la evidencia rotunda, a la vista del principio de legalidad, de la incardinación de la conducta... en la más estricta literalidad de un precepto penal, cual es el del apdo. 2 del art. 245 del Código vigente, cuando describe la acción del que ocupa, sin autorización, una vivienda ajena que no constituye morada, sin violencia ni intimidación”. Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348): “En este contexto debe señalarse que la especial modalidad de usurpación inmobiliaria del art. 245.2 introducida por el CP de 1995... Dicho esto, la protección de la propiedad inmobiliaria, al margen del allanamiento de morada que aunque colateralmente la tutele en realidad ampara un interés distinto, viene dada por el delito de usurpación del art. 245 del CP. Ha sido el legislador, dentro de las facultades que constitucionalmente le corresponden, el que ha decidido penalizar la ocupación sin violencia o intimidación, precisamente para frenar el fenómeno de los ocupas. En este contexto, *al amparo del principio de intervención mínima no debe admitirse una interpretación de la norma penal que la vacíe de contenido, pues de lo contrario los Tribunales nos estaríamos convirtiendo, de facto, en legisladores, proyectando en la labor de aplicación e interpretación de las normas no solo funciones que no nos corresponden, sino la propia consideración que cada uno tenga de la función social de la propiedad, con quiebra de la seguridad jurídica*. Con todo, si el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, y respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, es más que evidente que este tipo de conductas deben ser castigadas por imperativo del principio de legalidad. De lo contrario, cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario, podría ser objeto de usurpación sin más amparo que obligar a aquél a acudir a un proceso civil, que aunque arbitre instrumentos ágiles (interdictos) para su pronta recuperación, provocarían una especie de efecto llamada para todos aquéllos ciudadanos que sin recursos suficientes, estarían peregrinando de inmueble en inmueble, sirviéndose transitoriamente de los mismos pero con una vocación de permanencia respecto de tal estilo de vida, al no prevenir el ordenamiento jurídico ninguna sanción, más allá de la más que probable ineficacia por insolvencia de los daños y perjuicios causados”. Con idénticas o similares palabras: Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2009/414265); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 8-10-2010, nº 562/2010, rec. 236/2010, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2010/377180); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 20-11-2013, nº 626/2013, rec. 55/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2013/298944); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 31-3-2014, nº 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2014/103115); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 28-5-2014, nº 321/2014, rec. 316/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2014/181488).

del juzgador, en cuanto aplicador del Derecho es limitada. A lo sumo, en el momento de dar salida al segundo problema, es decir, al problema de técnica jurídica, si el halo de discrecionalidad es suficientemente grande, podrá optar por la solución ideológicamente más acorde con sus postulados. Y, en todo caso, no puede negarse que en la tipificación de la conducta del artículo 245 del Código Penal hay una carga ideológica importante que el legislador, legítimamente, ha plasmado. Conviene recordar aquí, para evitar confusiones, que los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, tan invocados en la práctica forense, no concurren en el momento de interpretar las normas penales como mecanismos de derogación de normas. Los citados principios, por el contrario, y en cuanto informadores del Derecho Penal, deben estar presentes en la mente del legislador cuando éste propone a las Cámaras la aprobación de una norma penal, restrictiva por lo tanto de derechos, invasiva en la mayor parte de los casos en la libertad personal del individuo. Pero el contenido de estos principios (y principalmente la ponderación de proporcionalidad que lleva pareja el de subsidiariedad) es lo suficientemente elevado como para legitimar la existencia del artículo 245 del Código Penal, aun cuando ideológicamente no se esté de acuerdo⁷³⁹.

Como hemos visto anteriormente no faltan autores ni resoluciones judiciales que pretenden restringir, por no decir derogar vía interpretativa, el ámbito de aplicación de esta segunda modalidad comisiva considerando que no puede considerarse típica

⁷³⁹ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 21-11-2002, rec. 567/2002, Pte: Morales García, Oscar (EDJ 2002/76226). Se remiten a esta sentencia las siguientes resoluciones judiciales aunque pese a reproducir parte de su texto le dan un sentido completamente diferente. Así: Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 16-1-2003, rec. 217/2001, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2003/42349); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-9-2005, nº 395/2005, rec. 5257/2005, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2005/244096); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 14-9-2006, nº 731/2006, rec. 308/2006, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane (EDJ 2006/411941); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 11-9-2007, nº 505/2007, rec. 297/2007, Pte: Alonso Cardona, Ruth (EDJ 2007/360708): "Como declara la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2002 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona... "los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, tan invocados en la práctica forense, no concurren en el momento de interpretar las normas penales como mecanismos de derogación de normas. Los citados principios, por el contrario, y en cuanto informadores del Derecho Penal, deben estar presentes en la mente del legislador". Tales principios son mencionados expresamente en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995. No obstante, a nuestro juicio, ello no puede impedir que los Tribunales se hallen obligados, cuando procedan a aplicar el nuevo tipo penal, como cualquier otro tipo, a hacerlo interpretándolo con arreglo a los principios constitucionales y de legalidad ordinaria vigentes en ámbito del Derecho Penal y en especial teniendo en consideración los principios de "ultima ratio", intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad. A la luz de estos principios debe interpretarse el precepto por el que se ha condenado a los acusados como autores del delito previsto en el artículo 245.2 del Código Penal de 1995. A tal fin es del máximo interés delimitar el bien jurídico protegido por dicha norma".

cualquier entrada previa lícita. Olvidan que es presupuesto indispensable y diferencia esencial con la modalidad de ocupación, que el que ocupa en ningún momento tuvo título legítimo que le permitiera tal acto, su conducta nació *ab initio* antijurídica, frente al que se mantiene, en que existiendo una ocupación legítima, se nova en antijurídica al no contar ya con la autorización del titular.

Una manera de limitar o restringir, a nuestro parecer acertadamente, los supuestos subsumibles en esta segunda modalidad (sin llegar a derogarlo vía interpretativa) sería excluir, únicamente, los casos en que el uso y disfrute actual del inmueble se haya originado en una relación contractual o título que otorgue tal derecho, sea cual fuere la situación actual del arrendatario, usufructuario, usuario, etc. (contrato resuelto, impago de mensualidades, finalización de términos); *y considerar únicamente incluidos los supuestos en que la previa entrada se debió a alguna clase de autorización, como los casos de tolerancia, o los casos en que se ha autorizado para usar o habitar por una temporada el inmueble pero que no ha mediado un acuerdo de voluntades o cualquier tipo de contraprestación que permita caracterizar la relación de contractual*⁷⁴⁰.

En favor de esta limitación puede argumentarse que no resultan equiparables las relaciones que se originan en un contrato, que trae aparejados derechos y obligaciones recíprocas para las partes, y cuenta además con normas de solución específicas para resolver las cuestiones que puedan suscitarse, con las derivadas de una situación de tolerancia o de simple autorización, donde quien tolera o autoriza no se compromete a nada, ni tampoco recibe nada a cambio. Además, esta segunda modalidad sólo exige mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular. Y no puede entenderse que a la mera voluntad contraria del titular del inmueble se le pueda otorgar valor suficiente como para convertir en delictiva cualquier permanencia en el mismo, sin atender al origen de la misma⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Vid., BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 20.

⁷⁴¹ BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 20.

F) Particular referencia al precario

Precario es el uso o disfrute de una finca (rústica o urbana) sin mediar renta o merced, ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real, de la voluntad del cual depende poner término a su propia tolerancia.

La posesión precaria presupone un poseedor superior (el que tiene la posesión real a título de dueño, de usufructuario, o de cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla) de cuya voluntad depende su existencia. El precarista no posee en concepto de dueño ni de titular de otro derecho, y su posesión no se basa en un título adquisitivo, sino solamente en la tolerancia o condescendencia del poseedor superior que puede reclamar en cualquier momento la posesión inmediata.

El precario puede surgir entregando el poseedor la finca a otro mediante contrato de precario (art. 1750 CC); ocupando alguien la finca con la tolerancia o condescendencia tácita del poseedor; transformándose una posesión ya existente en posesión precaria por extinción del título o causa de adquisición de la posesión, esto es, por interversión de la posesión (así *v. gr.*, el poseedor de una finca en concepto de dueño se convierte en precarista si después de venderla y efectuar la tradición instrumental, continúa ocupándola por mera tolerancia del comprador y no por virtud de contrato –caso de *constituto posesorio*–; es precarista también el deudor que continúa viviendo en el inmueble después de adjudicada e inscrita en el Registro a favor del acreedor, etc.)⁷⁴².

⁷⁴² Vid., GARCÍA VALDECASAS, G.: *La posesión...* Op. cit., Págs., 35-37; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras completas. Tomo II.- La posesión como institución jurídica y social...* Op. cit., Págs., 398-405. MORENO MOCHOLI, M.: *El precario: estudio histórico-crítico, aplicado al Derecho español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes*. Ed. Eunsas, 2ª edición. Navarra, 1976; BELLO JANEIRO, D.: *El precario: Estudio teórico práctico*. Ed. Comares, 2ª edición. Granada, 1999; CANO MORIANO, G.: *Estudio sobre la figura del precario*. Ed. Edersa. Madrid, 1999. “Se designa con este nombre [de posesión precaria] a la posesión concedida a otro por alguien con reserva del derecho de revocarla a su voluntad”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes...* Op. cit., Pág., 69. “Se llamó en Derecho romano precario (de preces, ruego, imprecación), a aquel contrato por el que una persona concedía a otra el uso gratuito de una cosa con la facultad de revocárselo a su arbitrio. Era el precario un contrato innominado, distinto esencialmente del comodato. Para que existiese este último se requería en Roma que la cosa se entregase para un *uso determinado*, bien se hiciese la determinación respecto al *modo*, con respecto al *fin* o con respecto al *tiempo* (Glück). Si se concedía el uso de la cosa *in genere*, a título de tolerancia, sin determinación de tiempo, finalidad ni modo, el contrato se consideraba precario. En los Códigos modernos suele estar el precario incluído y refundido en el comodato. Todavía, sin embargo, hay en nuestro Código civil una reminiscencia de la antigua distinción entre el comodato y el precario, pues si se determina el uso de la cosa prestada (caso del comodato propiamente dicho), el comodante no puede reclamarla sino después de concluído ese uso (art. 1749), mientras que si no se pactó

la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa prestada y no resulta éste determinado por la costumbre de la tierra (hipótesis del precario), puede el comodante reclamarla a su voluntad, incumbiendo, en caso de duda, la prueba al comodatario (art. 1750)... Hay que advertir que en el Derecho español existe otra acepción del precario, muy distinta de su sentido estricto que acabamos de referirnos y no exenta de antecedentes romanos, que amplía los casos de precario a todos aquellos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello. En esta acepción extensa el precario no supone necesariamente un contrato o una posesión concedida o tolerada; se trata simplemente de una situación posesoria de puro hecho o incluso ilegítima, para privar de la cual se utiliza el juicio de desahucio". CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo cuarto: Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Ed. Reus, S.A., 15ª edición, revisada y puesta al día por JOSÉ FERRANDIS VILELLA. Madrid, 1993. Págs., 447-450. HERNÁNDEZ GIL niega el carácter contractual del precario al decir: "conforme al artículo 1750 del Código civil, el llamado contrato de precario nada tiene de tal en cuanto requiere que no haya pacto sobre la duración del contrato ni el uso a que haya de destinarse la cosa pactada, que tampoco ha de resultar de la costumbre de la tierra; contractualmente, no hay nada establecido; quedará exclusivamente el hecho de un uso no pactado ni determinable en orden al tiempo y al destino. Si es así (lo que equivale a decir si no hay pacto ni costumbre) el comodante puede reclamar la cosa a su voluntad. Y el imperio de esta voluntad exclusiva es una segunda negación del contrato, pues todo queda entregado a la voluntad de una de las partes (art. 1256). Luego del artículo 1750 no surge, propiamente, un contrato de precario diferente de un acto de tolerancia atendido a una sola voluntad. En segundo lugar, aunque hubiera en el contrato de precario algún pacto distinto del relativo al tiempo de duración y al uso, la sola existencia de cualquier acuerdo de voluntades no conduce fuera de la tolerancia que, aun cuando generalmente opere como la no oposición del poseedor en concepto de dueño, no queda excluida si la propia tolerancia es concertada". HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras completas. Tomo II.- La posesión como institución jurídica y social... Op. cit.*, Pág., 402. Disponen los artículos 1749, 1750 y 1256 del Código Civil: Artículo 1749.- *"El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución"*. Artículo 1750.- *"Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario"*. Artículo 1256.- *"La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 13ª, S 8-7-2008, nº 425/2008, rec. 806/2007, Pte: Cremades Morant, Juan Bautista (EDJ 2008/168993): "Conviene recordar que el precario constituye la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia del propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a dicha tenencia, es decir, sin título o en virtud de un título nulo o que haya perdido su validez, sin que medie renta o cualquier otra contraprestación, ni otra razón que la mera condescendencia o mera liberalidad del poseedor real, de cuya voluntad dependerá el poner fin a su propia tolerancia, para lo que deberá acreditar éste un título suficiente que legitime su acción al deducir la demanda, mientras al precarista demandado incumbe demostrar la tenencia de algún título que le vincule con el objeto o con el demandante, justificando así su permanencia en el goce de la misma; concepto de creación jurisprudencial (SSTS. 28.6.1926, 13.2.1958, 30.10.1986,...) a partir de los términos del derogado art. 1565.3 LEC 1881, que no se reduce a la noción estricta del precario en el Derecho Romano, sino que amplía los límites del mismo a otros supuestos de posesión sin título, además de la posesión concedida por liberalidad del titular, como la posesión tolerada (que no tiene su origen en un acto de concesión graciosa) y la posesión ilegítima o sin título para poseer, bien porque no ha existido nunca o por haber perdido vigencia, teniendo todos estos supuestos en común, la posibilidad de que el titular del derecho pueda recuperar a su voluntad el completo señorío sobre la cosa, de forma que, lo que se puede discutir y resolver es acerca del derecho a poseer, aunque vía acumulación o reconvencción, pueden conocerse otras cuestiones que puedan ser debatidas en un juicio verbal (con los requisitos y garantías del art. 348 LEC)". Tribunal Supremo Sala 1ª, S 30-10-1986, Pte: Albácar López, José Luis (EDJ 1986/6860): "También ha de rechazarse el motivo cuarto y último, como el anterior basado en el número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que alega la violación por inaplicación de la doctrina jurisprudencial que cita y en la que se diseña el concepto del precario, en torno a la cual tiene declarado esta Sala, en sentencia de 13 de febrero de 1958, que conforme a repetida jurisprudencia, *el concepto de precarista a que alude el número 3.º del artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución de precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y como ha declarado la sentencia de 28 de*

Un sector de la Jurisprudencia *menor* se postula por excluir los supuestos de precario del ámbito del artículo 245.2 del Código Penal remitiéndolos al orden jurisdiccional civil, y sosteniendo mediante una interpretación derogatoria *de facto* del tipo penal, al dejar vacía de contenido penal la modalidad alternativa de *mantenerse*, que “el delito de usurpación de inmuebles, introducido en el nuevo Código Penal, en su modalidad no violenta del número 2 del artículo 245, para dar cobertura penal específica a la ocupación de viviendas o edificios en contra de la voluntad de sus propietarios o

junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al *disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella*, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva; así como que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto de precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles “una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho”; el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga “siendo acatada la entrega”, en tal concepto, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que sobre el ocupante de los bienes pesen en su propia utilidad como los de luz, gas, calefacción y conservación (Sentencia de 10 de enero de 1984), por lo que, en el supuesto que nos ocupa, si se tiene en cuenta que la resolución recurrida sienta como hecho probado, sin que tal conclusión fáctica haya sido combatida con éxito en casación, que el actor señor D. Juan ocupaba las de su padre sin título alguno que legitime su posesión y sólo por mera tolerancia de su padre, es obvio que se aplicó correctamente la doctrina del precario postulada por el demandado reconvinente, sin que a tal conclusión pudiera oponerse el abono, por otra parte no acreditado en los autos, a costa del actor, de unos gastos a que en modo alguno se pueden imputar al concepto de renta, por lo que debe rechazarse este último motivo”. Tribunal Supremo Sala 1ª, S 28-2-2013, nº 110/2013, rec. 1487/2010, Pte: Arroyo Fiestas, Francisco Javier (EDJ 2013/19379): “Esta Sala ha declarado, en las sentencias citadas por la parte recurrente y en otras, como las de 30 noviembre 1964, 21 noviembre 1967, 22 marzo y 8 mayo 1968 y 30 octubre 1986, que no constituyen merced que desvirtúe el precario ciertos pagos o gastos que haga el ocupante de la finca si no fueron aceptados por el dueño en concepto de contraprestación y mucho menos si no son periódicos y equiparables al pago comúnmente usual del alquiler (STS 29-6-2012, rec. 1226/2009). La sentencia de 29 de junio del 2012, recurso: 1226/2009, declaró como doctrina jurisprudencial que la posesión de un bien inmueble a título de arrendamiento exige la prueba por el poseedor de que existe una renta como precio del arriendo, sin que el mismo pueda quedar justificado por la mera acreditación de que se han producido algunos pagos, cuando se ignora la finalidad y periodicidad de los mismos. También se define el precario como “una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho” y que “el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga...” (SSTS 30 de octubre 1986; 31 de enero 1995). (STS 6-11-2008, rec. 2653 de 2002)”.

poseedores, requiere... *que el realizador de esa ocupación carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión, pues en el caso de que inicialmente hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque sea temporalmente o en calidad de precarista, el titular de la vivienda o edificio deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles para recuperar su posesión*”⁷⁴³.

⁷⁴³ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 19-5-2005, nº 2099/2005, rec. 2241/2004, Pte: Domeño Nieto, Yolanda (EDJ 2005/132184) Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 9-9-2005, nº 64/2005, rec. 41/2005, Pte: Cabrera Garate, Rubén (EDJ 2005/196011); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2007/219115); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2007/273901); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/63133); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/14240); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar (EDJ 2009/162720); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 22-6-2009, nº 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana Mª (EDJ 2009/397904); Audiencia Provincial de Palencia, sec. 1ª, S 29-6-2009, nº 64/2009, rec. 60/2009, Pte: Ráfols Pérez, Ignacio Javier (EDJ 2009/139810); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 16-9-2009, nº 442/2009, rec. 150/2009, Pte: Morales González, Federico (EDJ 2009/336126); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2010/348972); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2011/330742); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 19-10-2011, nº 1080/2011, rec. 242/2010, Pte: Riera Ocariz, María (EDJ 2011/317552); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 22-3-2012, nº 316/2012, rec. 29/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/68246); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 1-6-2012, nº 229/2012, rec. 280/2011, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2012/143712); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2012/224596); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 30-11-2012, nº 460/2012, rec. 762/2012, Pte: Garrido Sancho, Pedro Luis (EDJ 2012/320888); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 18-2-2013, nº 151/2013, rec. 859/2012, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/59976); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 22-2-2013, nº 37/2013, rec. 358/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316614); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 25-2-2013, nº 69/2013, rec. 121/2013, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2013/135866); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 1-3-2013, nº 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz (EDJ 2013/230856); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-3-2013, nº 131/2013, rec. 76/2013, Pte: García Sánchez, Mª Jesús (EDJ 2013/60352); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 23-4-2013, nº 203/2013, rec. 151/2013, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2013/90098); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 9-5-2013, nº 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2013/90363); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 26-6-2013, nº 250/2013, rec. 340/2013, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2013/132603); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S

5-7-2013, nº 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316835); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 13-9-2013, nº 323/2013, rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/181527); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 1-10-2013, nº 296/2013, rec. 108/2013, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316925); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 15-11-2013, nº 345/2013, rec. 723/2013, Pte: Juan Sanjosé, Rafael Juan (EDJ 2013/313470); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 14-2-2014, nº 62/2014, rec. 1025/2013, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58502); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-2-2014, nº 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2014/22830); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 18-2-2014, nº 47/2014, rec. 31/2014, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2014/29724); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-3-2014, nº 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/38136); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa Mª (EDJ 2014/47368); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 10-4-2014, nº 173/2014, rec. 449/2013, Pte: Benito López, Alejandro María (EDJ 2014/81823); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 21-4-2014, nº 231/2014, rec. 1814/2013, Pte: Barrientos Monge, Luis (EDJ 2014/133649); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 5-5-2014, nº 281/2014, rec. 1355/2013, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen (EDJ 2014/133701); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-9-2014, nº 225/2014, rec. 310/2014, Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego (EDJ 2014/166484); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 9-10-2014, nº 421/2014, rec. 859/2014, Pte: Martínez García, Ángel Santiago (EDJ 2014/211825); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 12-11-2014, nº 1091/2014, rec. 414/2014, Pte: Riera Ocariz, María (EDJ 2014/255747); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 5-12-2014, nº 522/2014, rec. 1172/2014, Pte: Herrero Pérez, María del Carmen (EDJ 2014/244882): “El delito de usurpación de inmuebles, introducido en el nuevo Código Penal, en su modalidad no violenta del número 2 del artículo 245, para dar cobertura penal específica a la ocupación de viviendas o edificios en contra de la voluntad de sus propietarios o poseedores, requiere para su comisión los siguientes elementos... *Que el realizador de esa ocupación carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión, pues en el caso de que inicialmente hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque sea temporalmente o en calidad de precarista, el titular de la vivienda o edificio deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles para recuperar su posesión*”. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 20-9-2013, nº 458/2013, rec. 732/2013, Pte: Astor Landete, Joaquín (EDJ 2013/189837): “Es sabido que el artículo 245.2 del Código dispone: “2. El que ocupe, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.” *Así pues el precepto no solo sanciona el acceso inconsentido, sino también el mantenimiento en contra de la voluntad del titular, cuando éste no traiga su causa en un mero precario a solventar en la jurisdicción civil*”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 24-7-2014, nº 536/2014, rec. 251/2014, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2014/174594): “Ahora bien, si, como alegan los apelantes, nunca llegó a perder la posesión material del solar porque la denunciante nunca llegó a ocuparlo, la ulterior decisión de la denunciante de dar por finalizada tal situación posesoria no debe salir del ámbito civil dado que la tesis contraria determinaría, por ejemplo, criminalizar a todo precarista que no abandonara la posesión de un inmueble una vez fuera requerido por el titular del mismo. En efecto, *de mantenerse la tesis inculpativa llegarían a coincidir los ámbitos del precario y del delito de usurpación del artículo 245.2 del Código penal, extendiendo el tipo objetivo de esta figura delictiva hasta unos límites incompatibles con el carácter fragmentario y de última ratio del Derecho penal*”. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273): “Por ello, en esta modalidad comisiva, no es indiferente la forma en que el autor consiguió la posesión. La inicial ilegitimidad, en el sentido de ausencia de causa jurídica, de la adquisición de la posesión está presente en el tipo penal, en el sentido de que no provenga de ninguna relación jurídica previa entre el titular y el poseedor actual, pues en el supuesto contrario, esto es, cuando hubo una inicial concesión de la posesión jurídicamente válida, el cese de la misma es cuestión estrictamente civil, como lo es toda aquella que supone el reconocimiento del derecho a hacer cesar esa situación y a liquidar el estado posesorio. *Así, en los casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya sea por la concesión de un verdadero y propio precario, o en aquellos otros en que por efecto también de un*

contrato el que está poseyendo adquiere la obligación de entregar la posesión a la contraparte contractual estaremos en supuestos extraños al Derecho penal. Se trata en todos ellos de posesión adquirida regularmente por consecuencia de una relación jurídica privada o civil y es el Derecho civil el único que ha de regular, como regula, los supuestos de cese y las consecuencias del mismo. Únicamente, de entre ellos, ingresarían en el Derecho penal, los casos en que puesto definitiva y judicialmente fin a la situación posesoria, el detentador reingresa en la posesión o se mantiene pese a la conciencia de haber concluido la relación jurídica que inicialmente le amparaba. Son los casos del que tras la adjudicación judicial del inmueble y dada la posesión al adjudicatario, retorna a la misma o no cesa en ella, caso que es el contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 29 de marzo del 2.001, citada por la acusación particular, en la que el anterior propietario, a consecuencia de un proceso de ejecución, entrega formalmente y ante el Juzgado la posesión, pero luego impide al adjudicatario acceder realmente a la misma”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 14-7-2009, nº 461/2009, rec. 236/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/175335): “En el presente caso se parte de una evidencia innegable y es la ocupación ilegal y delictiva de una vivienda, hecho reconocido incluso por la propia acusada. A partir de tal situación de ilegalidad, acudir a una vía jurisdiccional que no sea la penal es harto dudoso en cuanto a su eficacia, pues *la jurisdicción civil está prevista para los supuestos de resolución de contratos civiles sobre arrendamiento de vivienda o en situación de título habilitante para dicha ocupación, siquiera sea como precarista (persona que accede a la vivienda por merced o cortesía del titular sin exigirle contrapartida)*. No es el caso. Estamos ante un ejemplo claro de ocupación sin consentimiento del titular, situación delictiva que sólo tiene posibilidad de respuesta en el orden penal y por tanto el argumento impugnatorio ha de ser rechazado”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 4-10-2012, nº 695/2012, rec. 312/2012, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2012/276860): “Por el contrario, sí ha de estimarse que resulta incompatible con el tipo penal aplicado el hecho, puesto de manifiesto por el apelante, de que su acceso a la posesión no lo fue contra la voluntad del propietario (o simplemente, sin autorización del mismo), sino con el expreso consentimiento del propietario, expresado por conducto del intermediario que le representaba, en virtud de un documento que venía a constituir un precontrato de arrendamiento del local y previa entrega de las llaves por parte del mismo. El apelante, pues, tenía un título que amparaba inicialmente su posesión, título que perdió su eficacia legitimadora cuando se rompieron las negociaciones entre los interesados y no llegó a suscribirse el contrato de arrendamiento del local. Pero si ante esta resolución contractual una de las partes (el apelante) no cumple con su obligación de devolver las llaves y la posesión del local, no por ello se criminaliza su mantenimiento en la posesión, pudiendo el denunciante ejercer las acciones civiles que le asisten para recuperar la posesión del local y, a la vista de la ilícita actuación del apelante durante su mantenimiento en la posesión, reclamar la indemnización que estime conveniente por los perjuicios sufridos. *De mantenerse la tesis inculpativa llegarían a coincidir los ámbitos del precario y del delito de usurpación del artículo 245.2 del Código penal, extendiendo el tipo objetivo de esta figura delictiva hasta unos límites incompatibles con el carácter fragmentario y de última ratio del Derecho penal...* Apreciándose en el caso de autos la modalidad de mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular, estima este Tribunal que dicha modalidad será de apreciación cuando esa posesión en la que se mantiene el autor del delito, fue adquirida por medios penalmente irrelevantes (por ejemplo, por medio de tercero que se atribuía una titularidad que no le correspondía o simplemente accediendo al inmueble sin que constara la prohibición expresa o tácita del titular) adquiriendo relevancia penal el mantenimiento en la posesión cuando esa voluntad del titular contraria a la ocupación se expresa de forma clara. Pero si, como en el caso de autos, la posesión inicial se adquirió lícitamente, mediante un título reconocido en Derecho civil como apto para transmitir la posesión (mediando incluso el pago por parte del acusado de una suma de 1.200 euros en concepto de arras), las ulteriores discrepancias que puedan surgir entre el titular del inmueble y el poseedor incluso cuando quedara resuelto ese título que amparaba la posesión, no deben salir del ámbito civil dado que la tesis contraria determinaría, por ejemplo, criminalizar a todo precarista que no abandonara la posesión de un inmueble una vez fuera requerido por el titular del mismo. Procede, pues, la estimación del recurso de apelación interpuesto y la absolución del apelante del delito de usurpación por el que había sido condenado con declaración de oficio de las costas causadas en la primera instancia y debiendo el perjudicado acudir al procedimiento civil correspondiente para ejercitar las acciones que estime oportunas en reclamación de los perjuicios que estime irrogados por parte del acusado”. Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 17-2-2000, rec. 87/1999, Pte: Hidalgo González, Jesús María (EDJ 2000/12856): “El delito que el Ministerio Fiscal imputa a los acusados, tipificado por el art. 245.2º del Código Penal, consiste, bien en ocupar sin autorización debida un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, bien en mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular. En el caso de autos no se discute que los acusados ocuparon una vivienda ajena que no estaba al parecer habitada y que pertenecía al Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda destinándose a maestros y estando

Aunque se ha suscitado la cuestión de la compatibilidad de este tipo penal con otros medios de defensa de la propiedad o de la posesión establecidos por el ordenamiento jurídico civil; otro sector de la Jurisprudencia *menor* reconoce que tras la entrada en vigor del actual Código Penal, nuestro ordenamiento jurídico otorga una doble protección a la posesión de inmuebles: civil, a través (entre otros) del procedimiento de desahucio por precario; y penal, a través de la introducción del tipo penal contemplado en el art. 245.2 del Código Penal, llegándose a afirmar que el hecho de haber ejercitado la acción de desahucio en el orden jurisdiccional civil no impide acudir a la vía penal⁷⁴⁴.

asignada a Antonio H.H. que no consta la ocupase. Que la entrada en la vivienda no la consintió el Ayuntamiento titular es algo que resulta del hecho de que el concejal delegado de educación denunció la ocupación, por lo que en principio parece que se daría el caso primero de los tipificados por el citado artículo 245.2 del Código Penal. Sin embargo, la situación de ocupación se ha venido manteniendo a lo largo del tiempo y pese a la inicial denuncia, hay que entender que ese mantenimiento ya no ha sido contra la voluntad del Ayuntamiento titular de la vivienda, puesto que no obstante el origen de la ocupación de la casa por los acusados, el propio Ayuntamiento les dio licencia de obra para instalar la electricidad en la vivienda y ese otorgamiento de licencia para hacer habitable la finca, supone una implícita pero obvia aceptación de la ocupación, ya que no se permite tal cosa si no se quiere que el beneficiario de la licencia siga en la casa. *Que esa aceptación sea una mera tolerancia que no aproveche a la posesión y no convierta en algo más que un precario la ocupación, es una cuestión de índole civil, pero aun si es una mera tolerancia, ésta a los efectos penales implica que el mantenimiento de los acusados en la casa no es contra la voluntad de la titular.* Pues bien, si el mantenimiento no es contra la voluntad, es claro que no se da el caso 2º del art. 245.2 del Código Penal y no dándose, tampoco se estima punible la inicial ocupación o entrada incontestada, pues aunque lo fue es lógico entenderla absorbida en el mantenimiento ya consentido por la titular y esto, en definitiva, comporta que no sea apreciable el delito imputado y deba mantenerse el fallo absolutorio, con desestimación del recurso”.

⁷⁴⁴ Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro (EDJ 2003/149138); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/14240); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023) Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 5-3-2014, nº 94/2014, rec. 5/2014, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58524); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 5-12-2014, nº 522/2014, rec. 1172/2014, Pte: Herrero Pérez, María del Carmen (EDJ 2014/244882): “En muchas ocasiones se ha suscitado la cuestión de la *compatibilidad de este tipo penal con otros medios de defensa de la propiedad o de la posesión establecidos por el ordenamiento jurídico civil o laboral, como son el desahucio por causa de precario* o por extinción de la relación laboral o la tutela interdictal”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-4-2002, nº 260/2002, rec. 126/2002, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2002/25849); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 3ª, S 21-11-2003, nº 112/2003, rec. 30/2003, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2003/179080); Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 28-10-2004, nº 565/2004, rec. 47/2004, Pte: Rodríguez Cano, Eduardo (EDJ 2004/244937); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 17-5-2013, nº 138/2013, rec. 1025/2013, Pte: Hoyos Moreno, Jorge Juan (EDJ 2013/312578); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510): “Tras la entrada en vigor del actual Código Penal, nuestro ordenamiento jurídico otorga una doble protección, a la posesión

Esta segunda modalidad del artículo 245.2 del Código Penal, según de MAZA MARTÍN, “supone la tipificación penal de supuestos aparentemente de trascendencia civil, como el del precarista que no abandona el local o la finca que poseía en tal concepto, una vez conocida la voluntad contraria a ello de su propietario”; o en palabras

de inmuebles: civil, a través de los interdictos posesorios, el procedimiento de desahucio por precario y el procedimiento especial y sumario del art. 41 de la Ley Hipotecaria, procesos que si bien han desaparecido como tales en la actual regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mantienen su vigencia por medio de especialidades del juicio verbal que regula; y penal, a través de la introducción del tipo penal contemplado en el art. 245.2 del Código Penal”. Desestima la AP el recurso de apelación interpuesto por el condenado en la instancia como autor de un delito de usurpación de bienes inmuebles. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que en el caso de autos la vivienda no se encuentra abandonada, contando con medios de protección para impedir el acceso inconsentido, así el propio acusado, en su declaración instructora, reconoce la existencia de cerradura en la puerta de acceso que cambia una vez se encuentra en el interior del inmueble. Es cierto que no existen tabiques pero ello tiene su causa en que el inmueble estaba destinado a la venta y no a la morada del propietario (si hubiera sido su morada estaríamos ante un delito de allanamiento de morada) y la falta de suministro de electricidad y agua es debido exclusivamente a la no utilización temporal de la vivienda, pudiendo restablecerse con la correspondiente contratación por los adquirientes del inmueble. La permanencia en la usurpación durante largo tiempo debe tipificar la existencia del delito imputado y finalmente sentenciado, no siendo adecuada la única vía de la jurisdicción civil para la restauración del bien jurídico protegido, la posesión; así la Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224): “Se aceptan los antecedentes de hecho de la primera instancia, expuestos en la sentencia recurrida. El Juzgado de lo Penal del que dimana este rollo de Sala dictó sentencia en cuyos hechos probados se establece que: “en el mes de abril del año 2.009, Desiderio, mayor de edad y sin antecedentes penales, junto con su familia, accedieron al inmueble sito en... de Miranda de Ebro, sin la autorización de su propietario, Julián, y han permanecido en el mismo durante, al menos, 8 meses, *hasta que fueron desalojados en virtud de juicio de desahucio emprendido por su propietario*, manteniéndose y realizando en él su vida cotidiana, habiendo puesto cerraduras nuevas y abriendo la llave de paso de suministro de agua, y poseyendo asimismo suministro de luz”. SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en la primera instancia, de 26 de octubre de 2.010, dice literalmente: “Que debo condenar y condeno a Desiderio, como autor responsable criminalmente de un delito de usurpación, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de Multa de cinco meses, con una cuota diaria de 12,- Eur., y responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago. Se impone al condenado el abono de las costas procesales”... Fallo: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Desiderio contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. Dos de Burgos, en su Procedimiento Abreviado núm. 35/10 y en fecha 26 de octubre de 2.010, y ratificar en todos sus pronunciamientos la referida sentencia, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales devengadas en la presente apelación, si alguna se acreditase producida”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 1-4-2009, nº 163/2009, rec. 1086/2009, Pte: González Fernández, Javier (EDJ 2009/109877): “En nada empece a la estimación del delito que, dejando en manos de los tribunales la resolución de un conflicto que revestía apariencia de delito (frente sus prerrogativas administrativas de recuperación de oficio del inmueble usurpado o de promover el desahucio administrativo con base en los artículos 66 y 68 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía), en atención a la familia ocupante (con hijos menores), en un momento dado y por razones humanitarias el ayuntamiento afectado permitiese que quienes se mantenían en la vivienda contra su voluntad contratasen el agua o el suministro eléctrico. En modo alguno puede ello entenderse, según pretenden los recursos, como “acto administrativo” alguno, ni como la aceptación de una situación jurídica de precario, que lleven a entender legitimada la conducta de los acusados, la que como efecto ha tenido también el que otra familia con mejor derecho no pueda ocupar legítimamente la vivienda de marras”.

de SERRANO PIEDECASAS: “se trata de la típica situación del que se encuentra en precario”⁷⁴⁵.

⁷⁴⁵ Vid., MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op cit.*, Pág., 1962; SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 418. “En esta segunda modalidad de comisión del delito podríamos hallarnos también ante supuesto de cesión en precario, previéndose dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de reclamar la recuperación de la posesión de la misma mediante el procedimiento del juicio verbal”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* *Op. cit.*, Pág., 10. “El sujeto activo podrá ser no sólo quien no se encontrase previamente ocupando el bien, sino, además, quien ya lo ocupare previamente y se mantuviere en esa ocupación contra la voluntad de su dueño. Ello supone la tipificación penal de supuestos aparentemente de trascendencia civil, como el del precarista que no abandona el local o la finca que poseía en tal concepto, una vez conocida la voluntad contraria a ello de su propietario”. MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op cit.*, Pág., 1962. “También resulta punible el hecho de mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular, [lo] cual sucede cuando los ocupantes se oponen al desalojo”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: << Tema 34.- Delitos contra el patrimonio. VI.- Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (COORD.)... *Op cit.*, Pág., 257. “Mantenimiento contra la voluntad del titular; de tal modo que media un acceso de origen lícito, si bien deviene ilícito al conocer el sujeto activo la voluntad contraria del titular a su permanencia; voluntad que ha de constar con suficiente claridad, entendiéndose Madrigal que si “la permanencia se prolonga más allá de la aquiescencia o buena voluntad del propietario”, de lo que se trata verdaderamente es de una tipificación del precario, entendido éste como la ocupación de una finca, sin mediar título para ello y sin abono de renta o merced”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 394. MARTÍ MARTÍ crítico con que se acuda a la vía civil, y en concreto al proceso de desahucio por precario para recuperar la posesión de los inmuebles ocupados, considera que no puede equipararse el concepto de precario con el de *ocupación con apariencia de actuación delictiva*, pues ello conlleva “una perversión del proceso, una utilización torticera y desnaturalizada del proceso civil y, al fin y al cabo, en una crisis de nuestro sistema que se trasladaría a otros casos en los que las sentencias son justificadas, pero de difícil comprensión ciudadana... [por lo que] deberían considerarse los juicios de desahucio por precario contra “ocupas” como lo que son y no con la completa equiparación a los juicios de desahucio por precario. Esta diferenciación debería trasladarse al diferente impulso judicial en sus trámites, y al diferente tratamiento de la ejecución provisional de sentencias”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Proceso de desahucio frente a los colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*, Pág., 8. Así sostiene: “Dudo que el concepto “precario” fuera ideado para la ocupación “con apariencia de actuación delictiva”. No obstante, es éste el tipo de procedimiento que se ha utilizado en la vía civil para el desalojo o desocupación incontestada por parte del movimiento “ocupa”. Quizás es éste porque no hay otro, pese a que como hemos dicho no parece el precario la mejor definición de lo que se produce con el movimiento “ocupa”. Y ello por cuanto el precario, encuadrado en el art. 1750 del Código Civil, nace de una premisa muy distinta a la de la “ocupación”, cual es el permiso inicial del dueño de la finca a la posesión de otro. La gran diferencia del precario con la ocupación es que en el primero es el dueño el que autoriza la entrada a la vivienda y su ocupación, sin pago de contraprestación o merced; en el concepto originario de precario se cede el disfrute de la finca por mera liberalidad y derivado (normalmente) de vínculos de parentesco, amistad, favor o benevolencia, siempre desligados de cualquier finalidad lucrativa por parte del cedente. En la “ocupación” el dueño no sólo no autoriza a la entrada en la finca por parte del ocupante sino que además ésta se produce en ocasiones con fuerza en las cosas”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Desahucio por precario contra el movimiento “ocupa” >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*, Pág., 7. “Constituye la esencia del precario el uso o disfrute de una cosa ajena sin que medie renta o merced, ni otra razón que la condescendencia del poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a su propia tolerancia (SAP de Barcelona, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2002). Tolerancia que en el caso de los “ocupas” ni siquiera ha nacido, por lo que poner fin a ésta es lo mismo que oponerse. Es la demanda de juicio de desahucio por precario, por ejemplo, expresión clara e indubitada de la voluntad del propietario de poner fin a esa ocupación precarista”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Proceso de desahucio frente a los colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*, Pág., 6.

En esta conducta alternativa, coincidimos con MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA en que “la ley viene en realidad a tipificar como delito los casos de precario en que la permanencia se prolonga más allá de la aquiescencia o buena voluntad del propietario”. Y con MACÍÁ GÓMEZ y ROIG ALTOZANO en que “puede venir a coincidir con la ocupación sin justo título o el precario de las Leyes Civiles”. En la misma línea HERRERO HERRERO: “ha de tratarse aquí... de mantenimientos subsiguientes a la retirada de concesiones gratuitas o de benevolencia que propiciaron, en su inicio una ocupación no ilícita”⁷⁴⁶.

G) *Propuesta de lege ferenda de MAGRO SERVET*

Pese a la redacción del apartado 2 del artículo 245 del Código Penal, “mantenerse contra la voluntad del titular”, MAGRO SERVET propone de *lege ferenda* la criminalización de la no devolución posesoria del inmueble ante la situación de impago de rentas por parte del arrendatario; criminalizando no el impago en sí, sino el no abandono del inmueble, la no devolución de la posesión del mismo una vez producida la situación de impago en los plazos previstos en el tipo penal. Así, plantea la existencia de delito sancionado con penas de uno a cuatro años de prisión una vez impagados dos meses de la renta pactada en un contrato de arrendamiento, en el plazo fijado en el mismo, y transcurridos quince días sin entregar la posesión después del segundo mes impagado⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679. MACÍÁ GÓMEZ, R., Y ROIG ALTOZANO, M.: *Nuevo Código Penal de 1995...* *Op. cit.*, Pág., 458; HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Pág., 161. “Naturalmente, la voluntad contraria del titular sólo tendrá relevancia jurídico-penal cuando esté asistida por el ordenamiento jurídico. La voluntad contraria, por ejemplo, del arrendador, a que el arrendatario continúe en el uso del inmueble, no tendrá eficacia jurídica alguna mientras esté en vigor el contrato de arrendamiento. No parece, además, que haya de incluirse en este subtipo penal las prolongaciones de uso sobrevenidas por la extinción contractual. Es evidente que en estos supuestos, existen los correspondientes procedimientos jurídico-civiles para normalizar la situación. Incluir las supondría atentar contra el principio de “mínima intervención” del Derecho penal. Ha de tratarse aquí, por ello, de mantenimientos subsiguientes a la retirada de concesiones gratuitas o de benevolencia que propiciaron, en su inicio una ocupación no ilícita”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Pág., 161.

⁷⁴⁷ “Frente a posiciones que propugnan proteger al inquilino moroso bajo el prisma del derecho a una vivienda debe recordarse que los arrendadores son particulares que disponen de inmuebles para obtener una rentabilidad de los mismos, o en muchos casos un mecanismo de supervivencia al disponer de un inmueble para el alquiler como mecanismo de ayuda económica mensual. Así, la concesión del derecho de una vivienda que tienen todos los ciudadanos como reconocimiento constitucional no está entre sus

obligaciones, sino, en todo caso, en las de la Administración, de tal manera que no puede traspasarse a los arrendadores la protección de vivienda de aquellas personas que no tienen capacidad económica para sufragarse un alquiler. El sistema debe ser justo en la resolución de los conflictos de intereses que surgen entre los ciudadanos y no obligar a estos a tener que pasar por un tortuoso y largo camino para recuperar la posesión de un inmueble cuando el arrendatario sigue permaneciendo en el mismo a sabiendas de que se encuentra en situación irregular. Otra cuestión sería que el arrendador deseara otorgarle una moratoria, pero quedaría en la opción de este. Por ello, pasamos a exponer una propuesta para tipificar como delito las conductas de no abandono del inmueble en casos de impago, por lo que lo que se criminaliza no es el impago en sí, sino el no abandono del inmueble una vez producida la situación de impago en los plazos previstos en el tipo penal... Es conocida la alegación en los procedimientos penales en delitos relacionados con cuestiones económicas que los hechos objeto de imputación deben resolverse en la jurisdicción civil. Sin embargo, estas mismas alegaciones caen en saco roto cuando, aunque detrás del hecho denunciado exista un componente económico de reclamación, la actitud del denunciado conlleva elementos que pueden incardinar la acción como antijurídica y con manifiesto dolo a la hora de causar un perjuicio a tercero pudiendo evitarlo. Se trata de poner sobre la mesa en estos casos si debe aplicarse, o no, el principio de intervención mínima del derecho penal, el cual aconseja que sólo las infracciones más graves en esta materia tengan una sanción punitiva, pudiendo recurrir a la vía civil, para aquellos supuestos en que la infracción, por su forma o volumen, sea de menor entidad. La cuestión en el tema que sometemos a debate se ubica en el tremendo perjuicio que están causando los arrendatarios que dejan de abonar las rentas a sus arrendadores y que de forma consciente de su situación de morosidad no devuelven la posesión a estos obligándoles a recurrir a un procedimiento lento todavía, e incluso poniendo trabas para la efectiva recuperación posesoria por el arrendador... Por ello, entendemos que la decisión de introducir en el Código Penal un tipo relativo a la no devolución de la posesión por el arrendatario cuando éste haya dejado de pagar las rentas, no puede chocar con el principio de intervención mínima del derecho penal. Pero, con independencia de que esta no devolución posesoria sea una conducta dolosa cuando el arrendatario no abandona el inmueble por su situación de impago, comprobamos que en el Código Penal existen tipos penales, como el analizado a continuación, que sí que tipifican situaciones de impago de deudas... Ahora bien, lo que se plantea... no es la criminalización del simple impago de las rentas, aunque no sería descabellado incluirlo también. Nótese, sin embargo, que en el delito tipificado en el art. 227 CP... sí que se introduce como hecho delictivo el dejar de pagar dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, con lo que se está incluyendo en el orden penal una conducta que meramente supone un impago de deudas ante la ineficacia que existía en la jurisdicción civil para luchar contra las reiteradas actitudes dolosas de aquellas personas que tenían que abonar pensiones fijadas en una resolución judicial y se negaban a ello... Debemos dejar claro que estamos refiriéndonos a supuestos claros y evidentes de impago de rentas exclusivamente, por lo que quedarían excluidas de la tipificación penal aquellas situaciones en las que se tratan cuestiones denominadas complejas; es decir, por ejemplo, en materia de actualización de rentas, u otras situaciones en las que pudieran existir motivos de oposición del arrendatario respecto a la concreta renta a abonar; es decir, a los casos claros de impago puro de rentas... En estos casos es obvio señalar que no podría derivarse al orden penal una cuestión en la que existen motivos de oposición estrictamente civilísticos que podrían justificar la diferencia que existe entre arrendador y arrendatario en torno a cuál es la renta correcta que debe abonarse. Así pues, nos estamos refiriendo tan sólo a la concreta situación en la que el arrendatario deja de abonar las rentas al arrendador sin ningún componente de situación compleja adicional; es decir, como apuntamos, el impago de rentas puro y simple... En consecuencia, *la criminalización que proponemos de la conducta no vendría directamente por la situación de impago de rentas, aunque... el art. 227 CP sí que lo hace respecto al impago de obligaciones alimenticias, sino por la no devolución de la posesión al arrendador una vez transcurridos al menos dos meses desde el último recibo impagado*. Por ello, una redacción que se acomodara a lo expuesto giraría en torno a incluir en el Título XIII del Libro II del Código Penal un capítulo específico que llevaría por rúbrica *De los delitos en el ámbito inmobiliario*, a fin de incluir en el mismo todos los ilícitos penales relacionados con el sector inmobiliario; por ejemplo, los delitos incluidos en el capítulo V de la *usurpación*, (Arts.245 a 247 CP), los supuestos del art. 251.1.º y 2.º dentro de las estafas con relación a las inmobiliarias, etc. La redacción podría ser la siguiente: *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años el arrendatario que dejare de pagar dos meses de renta pactada en un contrato de arrendamiento en el plazo fijado en el mismo y no entregare la posesión del inmueble al arrendador transcurridos 15 días después del segundo mes impagado. La entrega de la posesión se entenderá efectivamente realizada por la entrega de llaves al arrendador por el arrendatario, no admitiéndose como tal la mera situación de abandono del inmueble sin facilitación al arrendador del acceso libre al inmueble. La pena se impondrá en su mitad superior en el caso de que, aunque mediante procedimiento civil de desahucio, o acumulado de reclamación de rentas, la entrega de la posesión se*

3.2.6.- SIN AUTORIZACIÓN DEBIDA VS. CONTRA LA VOLUNTAD DEL TITULAR.

A) Ideas generales

Para la ocupación típica es suficiente la ausencia del consentimiento del titular, pero para la modalidad de “mantenerse en ellos” hace falta una manifestación inequívoca de la voluntad negativa de aquel titular, que se menosprecie desconociéndola y oponiéndose a ella. Ello supone que existe alguien con capacidad para autorizar, cuyo permiso no se tiene, o que la ocupación se hace contra una prohibición inequívoca, sin perjuicio de que esa prohibición u orden de abandono puede no atenderse sin necesidad de recurrir a la violencia⁷⁴⁸.

llevara a cabo transcurridos seis meses desde el primer mes impagado. En este caso vemos que no se sanciona el mero impago de las rentas, sino la no devolución de la posesión por el arrendatario, que es lo que, en definitiva, interesa al arrendador. Además, la reclamación civil derivada del impago de las rentas podría incluirse, si cabe, dentro de la vía de la responsabilidad civil derivada del delito, o dejarse para un juicio civil, pero es obvio que si se tiene la opción de reclamar por la vía penal la no entrega de la posesión sea esta misma vía la utilizada para aprovechar la reclamación civil en base a lo previsto en el art. 109 y 110 CP”. MAGRO SERVET, V.: << La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*, Págs., 5-6.

⁷⁴⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60...* *Op. cit.*, Pág., 213; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 74; QUINTERO OLIVARES, G.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 659. “Mientras que el artículo 245.1 castiga la ocupación “con violencia o intimidación” de bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios, el art. 245.2 CP habla simplemente de hacerlo “sin la autorización debida” o “contra la voluntad de su titular”. La ocupación tiene que hacerse “sin autorización debida” y el mantenimiento “contra la voluntad del titular””. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 208. “Consiste la conducta típica en la no autorizada ocupación del inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o bien en el mantenimiento en los mismos contra la voluntad del titular”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88. “Es necesaria la existencia de alguien con capacidad para autorizar, cuyo permiso no se tiene, o que exista una prohibición expresa, que es posible no atender sin necesidad de recurrir a la violencia”. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.... *Op. cit.*, Pág., 266. “La falta de “autorización debida” (para la ocupación) se adelanta al tipo”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 911. “La autorización, cuya ausencia es elemento típico, puede dar lugar a los consabidos problemas de error sobre la existencia o alcance de la misma. Basta recordar que el error vencible, en este delito, participa a la vez de la condición de error sobre la prohibición (legitimidad) y sobre un elemento del tipo, lo cual conduce a que el error vencible dé lugar a la impunidad (cfr. art. 14

B) El consentimiento del titular: causa de exclusión de la tipicidad

La configuración de algunos tipos exige, explícita o implícitamente, para su concurrencia, que la conducta en ellos descrita se lleve a cabo contra la voluntad del que sufre el ataque. En esas hipótesis, la anuencia del atacado convierte la acción, no ya en justificada, sino en atípica.

El tipo penal de usurpación impropia exige que la conducta se realice; bien, sin autorización debida si se trata de ocupación; bien, contra la voluntad de su titular en los supuestos de mantenimiento. Tanto en la modalidad de ocupar, como en la alternativa de mantenerse, el consentimiento del titular (*Einverständnis*) excluye la tipicidad.

En nuestro Derecho cuando el tipo exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima, nada impide admitir la eficacia plena del consentimiento, y por tanto excluir la tipicidad al impedir dicho consentimiento la lesión imputable del bien jurídico. El consentimiento opera como causa de exclusión de la tipicidad allí donde su presencia enerva o hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Así *v. gr.*, en el apoderamiento patrimonial consentido de bienes muebles no habría un hurto justificado, sino que ni siquiera podría hablarse de hurto. Lo mismo puede decirse del apoderamiento patrimonial consentido de bienes inmuebles, en los que faltando la oposición desaparece toda lesividad de la conducta. No habría una ocupación justificada, sino que ni siquiera podría hablarse de ocupación⁷⁴⁹.

CP). A ello debe añadirse la posibilidad de que el autor crea que, por carecer de vivienda, está legitimado para ocupar la que se encuentre vacía”. QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 74; QUINTERO OLIVARES, G.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 659-660. “Necesidad de acreditar que se actúa contra la voluntad del propietario o titular del derecho de posesión, distinto a la falta de consentimiento (consentimiento tácito: tolerancia con conocimiento sin denuncia)”. CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.): *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados...* *Op. cit.*, Pág., 534.

⁷⁴⁹ “Existen unos elementos que si concurren en la realización de una conducta humana determinan la exclusión de la tipicidad de la misma como elemento básico del delito. A estas causas se las llama causas de atipicidad. No se regulan en el Código penal, aunque nadie duda de su eficacia excluyente de ese elemento del delito. Pueden distinguirse, en nuestra opinión, cuatro causas básicas de atipicidad: a) Ausencia de un elemento típico; b) Adecuación social de la conducta; c) Caso fortuito; y d) Acuerdo o

consentimiento del ofendido". POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 129. "Es llamativo cómo en los códigos penales históricos, el consentimiento haya sido objeto de una regulación casi nula, o como mucho puntual, referida a su efecto a veces excluyente, a veces atenuante, y en otras ocasiones irrelevante para la responsabilidad penal en función del tipo de delito sobre el que recaía. Así p. ej., el consentimiento se consideraba atenuante de la responsabilidad en el delito de aborto e, históricamente, en algunas lesiones causadas durante el duelo (en el Código penal de 1848); excluyente en los delitos para los que su descripción legal requería expresamente su ausencia; o, irrelevante, como en el caso del antiguo delito de mutilación para eximirse del servicio militar (CP/1973 art. 426), y en general, para la responsabilidad por los delitos de lesiones, a partir de la redacción dada al CP/1944 art. 428 por la reforma de 1963. En la evolución hacia el moderno Derecho penal, la respuesta al problema de la relevancia del consentimiento... se refiere al problema de fondo: a la cuestión de la disponibilidad o indisponibilidad de los bienes jurídicos por su titular". GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. V.- Consentimiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 202. "La doctrina mayoritaria distingue desde GEERDS (1953) para acá, ambas figuras [acuerdo y consentimiento]. El primer concepto sería constitutivo de una causa de atipicidad, mientras que el segundo sería una causa de justificación, que excluiría por tanto la antijuridicidad de la conducta". POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 131. "El consentimiento de la víctima del hecho en su realización puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal... Concurre éste cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento. Ello puede suceder en dos grupos de casos... a) Por una parte, ciertos delitos se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio. Es lo que ocurre en los delitos contra la libertad, como las detenciones ilegales, las coacciones o el allanamiento de morada. Faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta: no puede haber delito de detenciones ilegales si el detenido quiere ser detenido... En algunos casos el consentimiento del sujeto pasivo hace desaparecer la propia acción definida por la ley: así, dejará posiblemente de concurrir una verdadera "detención" (y no sólo su ilegalidad) en muchos supuestos en que el sujeto pasivo se ponga voluntariamente en manos del agente. Ello sucede también en delitos que no aparecen exclusivamente dirigidos a atacar la voluntad ajena, como los delitos contra la propiedad. Cuando alguien toma una cosa de otro con consentimiento de éste, no puede hablarse de "hurto" ni de "robo". No se trata de que concurra un hurto o un robo que queda exento de responsabilidad penal, sino que empieza por faltar el concepto de "hurto" o "robo". La doctrina alemana emplea en este primer grupo de casos un término específico para designar la conformidad del afectado: el "acuerdo" (*Einverständnis*). La ley permite a veces reconocer estos casos porque requiere *expresamente* la ausencia de conformidad por parte del sujeto pasivo. Así, en el allanamiento...hurto... [En otros casos] el texto legal no requiere literalmente la falta de conformidad del sujeto pasivo, sino que ello constituye sólo una exigencia *implícita*. Así, p. ej., en el delito de detenciones ilegales del art. 163 CP. b) En un segundo grupo de casos se contemplan los supuestos en que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento. La doctrina alemana mayoritaria incluye en este grupo el consentimiento en las lesiones... Mientras que en el primer grupo de casos mencionados en el apartado a) la conformidad del sujeto excluiría toda lesión, en este segundo grupo el consentimiento excluiría la responsabilidad penal por tratarse de bienes jurídicos disponibles, en ciertas condiciones, por su titular, pero no impediría la lesión de dichos bienes... Este segundo grupo de casos se designa en Alemania como "consentimiento" (*Einwilligung*) en sentido estricto... Respecto al primer grupo ("acuerdo") existe unanimidad en considerar que resulta excluida la tipicidad de la conducta: no sólo resultaría excluida la antijuridicidad (justificación), sino que ni siquiera llegarían a concurrir los elementos que fundamentan positivamente su tipicidad. Así, p. ej., en el apoderamiento patrimonial consentido no habría un "hurto justificado", sino que ni siquiera podría hablarse de "hurto". En cambio en el segundo grupo ("consentimiento" en sentido estricto) *se discute* si sucede lo mismo o, por el contrario, concurre sólo una causa de justificación que no excluye la tipicidad. Esta última solución es la mantenida por la doctrina dominante... Todo depende, entonces, de si la conformidad del afectado impide ya la lesión imputable del bien jurídico o sólo la permite. En el primer caso excluiría el tipo, mientras que en el segundo sólo constituiría una causa de justificación... En nuestro Derecho nada impide admitir la eficacia del consentimiento cuando *el tipo* exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima, como sucede en los casos de "acuerdo". Más problemático resulta si es posible admitir que, además, la conformidad del afectado pueda operar en España como *causa de justificación* ("consentimiento" en sentido estricto). El Código penal no prevé el consentimiento entre las causas de justificación generales. Sin embargo, en la Parte Especial, el Código concede eficacia justificante al

A falta de otro título jurídico para el uso y disfrute del inmueble, *la autorización excluyente de tipicidad* puede ser otorgada tanto por el propietario (o persona legitimada para el uso del inmueble) como por decisión judicial o administrativa. Sin embargo,

consentimiento en algunos casos de lesiones (art. 156). Y, por otra parte, el art. 10 de la Constitución, al declarar fundamento del orden político y de la paz social el "libre desarrollo de la personalidad", ha de conducir a considerar, *por lo menos*, justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 515-524. "*Prima facie, debe negarse toda eficacia al consentimiento en los delitos contra la comunidad*, pues la voluntad colectiva de los ciudadanos se manifiesta por medio de la Ley, y fuera de ella ningún acto realizado por cualquier autoridad o funcionario puede estimarse como manifestación de la voluntad comunitaria... En consecuencia el consentimiento justificante solamente puede desplegar sus efectos en el ámbito de los delitos contra los particulares. Pero para que quepa otorgarle virtualidad, es inexorable que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro sea, por su naturaleza, disponible o renunciable, y que lo sea precisamente hasta el límite representado por el concreto ataque al objeto de que se haga realidad el *volenti non fit iniuria*. Hay bienes jurídicos que son generalmente irrenunciables: tal es el caso de la vida. Ningún ataque a la vida, ni aun consistente en su mera puesta en peligro, puede, en principio, ser legitimado por el simple consentimiento... Los restantes bienes individuales (la salud personal, la integridad corporal, la libertad, el honor, la intimidad, el patrimonio, etc.) pudieran ser renunciables, en vía de principio dentro de ciertos límites... En el Código Penal vigente, se ha introducido una cláusula que reconoce plena eficacia del consentimiento [a los]... trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, y para el resto de supuestos el artículo 155 dice textualmente: "En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz". En definitiva, el consentimiento en la actualidad tiene una virtualidad tan sólo atenuante de la pena, no pudiendo ser considerado, en modo alguno, cómo causa de justificación... En cuanto a los restantes bienes jurídicos individuales, la virtualidad del consentimiento dependerá de la naturaleza y gravedad del ataque. No es éste el momento de llevar a cabo una consideración casuística, que aparece... como un problema de Parte Especial". COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 491-496. "El consentimiento no requiere reunir los requisitos necesarios para una declaración negocial del Derecho civil, puesto que constituye una *institución propia del Derecho penal*". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 524. "La teoría del delito se apoya, en el plano positivo, en la infracción de una ley por el autor, ley que en todo caso quiere proteger a la víctima, y víctima, a la postre, solamente lo es quien ostente "injustamente" esa condición. Cuando decimos, en relación con algunos delitos, que el consentimiento pleno de la víctima anula el injusto o genera atipicidad, en realidad estamos empleando impropiamente la palabra "víctima". Quien accede a yacer con otra persona, sin vicio de voluntad o consentimiento, o quien permite que se lleven algo de su casa, no son "víctimas" de violación o hurto cuyo consentimiento produzca efecto de atipicidad. Por eso ya Antón Oneca, siguiendo a Carnelutti denunciaba la impropiedad de hablar siempre de consentimiento de la víctima o del ofendido, prefiriendo usar la expresión "...del titular del derecho o del interesado...". QUINTERO OLIVARES, G.: << El consentimiento en el Derecho Penal español en especial referencia a algunas infracciones >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 18. El consentimiento. Año 1993. Pág., 1. *Vid.*, RODRÍGUEZ DEVEZA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 506-509; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 130-134; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 303-307; GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. V.- Consentimiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 202-210; GROSSO DE LA HERRÁN, M.G.: << El consentimiento >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 18. El consentimiento. Año 1993; LUZÓN PEÑA, D.M.: << Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VII/2006. Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Año 2006; LUZÓN PEÑA, D.M.: << Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VIII/2007. Derecho penal del siglo XXI. Año 2007.

sostiene PÉREZ MANZANO, que en la modalidad de mantenerse “la autorización sólo puede otorgarla el propietario dado que el precepto se refiere exclusivamente a mantenerse “contra la voluntad del titular”... [Y] ello implica que esta modalidad sólo puede ser cometida cuando quien ha otorgado previamente la autorización para entrar es asimismo el titular, pues carecería de sentido considerar delictiva la conducta de un sujeto que ha entrado en un inmueble con autorización judicial y se mantiene en él contra la voluntad del titular”⁷⁵⁰.

⁷⁵⁰ Cfr., PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 434; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Págs., 22-23; SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 409; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 911; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476. “Si existe consentimiento del titular se excluirá la tipicidad de la conducta”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 811. “El consentimiento del propietario excluye el tipo”. ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 255; ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 320. “El requisito negativo de “sin autorización debida” constituye un elemento del tipo, de suerte que si existe consentimiento del titular, se excluirá la tipicidad de la conducta”. VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1207. “El inmueble ha de ocuparse “sin autorización debida”. La presencia de esta autorización convertirá la acción no sólo en conforme a derecho sino en atípica”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales*... *Op. cit.*, Pág., 160. “De haber consentimiento del titular éste excluiría la tipicidad de la conducta... No sólo la autorización del propietario o titular destipificaría la conducta de la ocupación, sino también la otorgada en decisión judicial o administrativa”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 22. “La cláusula legal *sin autorización debida* eleva al nivel de la tipicidad el juicio relativo a la antijuridicidad de la conducta en lo referente a la posible aplicación de las causas de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1.- Delitos contra bienes jurídicos individuales*... *Op. cit.*, Págs., 503-504; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*... *Op. cit.*, Pág., 239. “La existencia de autorización aunque fuere dada por persona sin facultad pero que el agente le atribuye erróneamente legitimidad, excluye el dolo y la antijuridicidad”. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*... *Op. cit.*, Pág., 575. “Si el titular consiente la entrada o el mantenimiento el hecho es impune”. ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar*... *Op. cit.*, Pág., 55. “A esta descripción típica se añade un elemento negativo del tipo de injusto, que es la ausencia de autorización debida, lógicamente, a falta de otro título jurídico para el uso y disfrute, la autorización del titular excluye la antijuridicidad de la conducta”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia)*. Tomo II.- Arts. 138-639. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679. “Media otro elemento negativo del tipo [además de que no constituya morada] en la expresión “sin autorización debida” para la ocupación, de tal modo que existiendo autorización debida se excluye la antijuridicidad”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*... *Op. cit.*, Pág., 398. “La ocupación

del inmueble "con la autorización debida" deberá entenderse como causa de justificación de la conducta. Dicha autorización puede consistir, bien en una autorización o permiso expreso o tácito del propietario, bien en una autorización administrativa, cuando lo que se ocupa es un bien de titularidad pública, o una concesión administrativa de un bien de titularidad pública". GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 991. "Sobre la naturaleza de las locuciones [sin la debida autorización o contra la voluntad de su titular]... cabe preguntarse si nos encontramos delante de una característica de la antijuridicidad o de un elemento normativo del tipo. Si seguimos la primera propuesta deberá considerarse típica toda penetración o entrada, por lo que habría que analizar después si, al existir autorización, quedaría excluida la antijuridicidad. De otra manera, la adopción de la segunda propuesta, la admisión de falta de autorización como elemento típico, ello tendrá como consecuencia la falta de tipicidad de conducta realizada por el agente cuando haya autorización, sin necesidad de examinar la antijuridicidad de la conducta. Por otra parte, si la conducta realizada es la de permanencia en el lugar contra la voluntad de su titular, a nuestro juicio se aprecia con claridad que estamos delante de un elemento de tipo, pues ha de constar tal voluntad contraria a la permanencia de forma clara y terminante". NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* *Op. cit.*, Pág., 128. La Jurisprudencia menor reconoce que el consentimiento excluye la tipicidad; si bien, lo interpreta no como un consentimiento previo a la ocupación, con lo que compartimos plenamente que excluye la tipicidad, sino como una consolidación destipificadora de la conducta por el mero transcurso del tiempo. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, S 20-12-1999, nº 340/1999, rec. 341/1999, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 1999/54076): "Y no parece congruente que esta situación, insistimos que se ha prolongado durante cinco años, con la aceptación al menos tácita de los propietarios, se torne delictiva en el mismo momento en que estos tomen la opción de denunciar los hechos ante la Guardia Civil. Se habría consolidado otra situación de uso y disfrute que sin duda los propietarios tienen todo el derecho a combatir en el ámbito del derecho y proceso civil, pues *ese consentimiento de la situación durante un prolongado período de tiempo elimina la tipicidad del comportamiento de los acusados*. Es cierto que el artículo 245, párrafo 2º del Código Penal se refiere tanto a la ocupación sin autorización del propietario, como a la permanencia contra esta voluntad, pero en todo caso habrá de entenderse que es una voluntad contraria desde el mismo momento en que este tiene conocimiento de la situación. *El consentimiento o aceptación por parte de los propietarios de una ocupación, sobre todo en un período tan dilatado como en el que aquí nos ocupa, genera una situación de hecho que excluye la tipicidad del comportamiento y en consecuencia su relevancia penal*. Por ello, esta Sala, en definitiva, entiende que los recursos interpuestos han de ser estimados y en consecuencia, revocada la sentencia de instancia, dictando otra en su lugar por la que se absuelva a los acusados del delito de usurpación, declarando de oficio las costas de ambas instancias". En otras ocasiones se ha pronunciado como que excluye la antijuridicidad: Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2006, nº 465/2006, rec. 266/2006, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2006/399542): "En el Derecho Penal Español, uno de los elementos que configuran el delito es la tipicidad, pues sólo es delito la acción u omisión que sea penalmente típica, es decir, que esté descrita como delito en la Ley Penal (arts. 1.1 y 10 del Código Penal). Por lo tanto, la conducta descrita por la Ley Penal como delito es, en principio, una conducta antijurídica, pues la tipicidad penal de la conducta supone que dicha conducta ha infringido la prohibición legal de ejecutarla o ha infringido el mandato legal de ejecutarla, según los casos; siendo, por lo tanto, la tipicidad penal indicio de la antijuridicidad penal de la conducta, que es otro de los elementos del delito; y ello es así por cuanto que el Legislador tipifica como delito conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, de forma que al ejecutar la conducta penalmente típica, haciendo el autor de dicha conducta lo que el Derecho prohíbe que se haga o no haciendo lo que el Derecho manda que se haga, se lesiona o pone en peligro el bien jurídico que el Legislador trata de proteger con la tipificación penal de la conducta. Ahora bien, *puede ocurrir que una conducta penalmente típica no sea antijurídica, lo que sucederá cuando la conducta penalmente típica aparezca jurídicamente legitimada por una causa de justificación, como podrían ser la legítima defensa, el estado de necesidad cuando el mal causado sea de menor valor que el mal que se trata de evitar, el obrar en cumplimiento de un deber, el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o el consentimiento del ofendido en los casos legalmente previstos*, pues la concurrencia de una causa de justificación convierte en lícita la conducta penalmente típica, ya que dicha causa de justificación viene a legitimar jurídicamente la ejecución de la conducta tipificada penalmente en abstracto por el Legislador". Audiencia Provincial de Alicante, sec. 10ª, S 21-10-2011, nº 388/2011, rec. 40/2011, Pte: Martínez Marfil, Javier (EDJ 2011/386379): "Tratándose en este caso de una vivienda en un prolongado estado de abandono, respecto de las que la propiedad ha realizado actos, cuando menos equívocos, como el señalado de informar a los ocupantes sobre los trámites para la obtención de los suministros, permitiendo

En el primer caso, la ocupación queda configurada como un tipo abierto, ya que las causas de atipicidad pueden provenir directamente de la voluntad del dueño o de cualquier acto que faculte al sujeto a ocupar el inmueble (decisión judicial o administrativa). En el segundo supuesto, el de mantenerse, exige una previa autorización del titular del inmueble apareciendo el delito cuando éste la retira⁷⁵¹.

la ocupación *de facto* por un prolongado periodo de tiempo y sin hacer intención ni manifestar voluntad propia de uso posesorio, hasta poco antes de la denuncia misma, a través de la cual se pretende recuperar en vía penal la posesión, debe considerarse que ha existido un *consentimiento tácito que elimina la nota de antijuridicidad* y excluye la aplicación del tipo, procediendo el dictado de una sentencia absolutoria. En este sentido la Sala comparte lo razonado en la SAP de Tarragona de 4 de noviembre de 2006 (ROJ: SAP T 1081/2006) cuando sostiene: "El Código Penal no puede estar al servicio de exclusivos intereses recuperatorios de la posesión material de la cosa cuando el poseedor civil se ha despreocupado durante un largo periodo de tiempo del ejercicio de su derecho sin perjuicio, obviamente, de las facultades de exclusión y de recuperación posesoria que le ofrecen el Código civil y las leyes procesales. Resulta obligado establecer una relación de contingencia, de actualidad, entre lesión del *ius possidendi* y acto perturbatorio, tal como cabe decantar del propio tenor literal de la norma penal cuando se refiere expresamente a la permanencia en la cosa ocupada en contra de la voluntad de su titular".

⁷⁵¹ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs. 418-419; ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 209; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 912. "Atendiendo a las *modalidades de su formulación legal* los tipos pueden clasificarse según las distintas formas que adopte su estructura, intrínsecamente considerada, o bien por referencia a las relaciones que guarde dicha formulación con otros tipos. Entre las clasificaciones de los tipos que pueden realizarse a partir de las modalidades que revista su formulación, intrínsecamente considerada, merece destacarse la que hace referencia a su carácter abierto o cerrado. Hablamos de *tipos cerrados* allí donde la Ley delimita nítida y exactamente, con la precisión posible, mediante el empleo de cláusulas descriptivas o de cláusulas normativas de contenido concretamente determinado, el elenco de hechos a los que vincula el desvalor típico, esto es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente relevante. Hablamos de *tipos abiertos o necesitados de complementación* allí donde la Ley no efectúa enteramente por sí esta delimitación, remitiendo al ulterior criterio del Juez el llevarla a cabo". COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Pág., 436. "Constituyen [los llamados tipos abiertos] una excepción al principio de determinabilidad legal de la punibilidad, por cuanto la materia de prohibición no se define de forma completa y exhaustiva en la instancia normativa, en el tipo legal, sino incompleta, parcial, requiriendo su necesaria complementación por la vía jurisdiccional. La Ley sólo describe una parte de las características del injusto: la concreción de éste corresponde al juez". SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Pág., 224. "Todo tipo abierto supone una sensible limitación del principio de legalidad. Por eso su número ha de ser reducido exclusivamente a aquellos supuestos en los que la propia naturaleza de las cosas impide determinar legalmente *a priori* todas las características del comportamiento prohibido. En principio el predominio de características *normativas*, que remiten a un juicio valorativo del juez, sobre las descriptivas y la introducción de *cláusulas generales* ("de cualquier otro modo", "en casos semejantes", etc.) en los tipos penales constituyen técnicas legislativas recusables. Dentro de los tipos abiertos plantean una especial problemática aquellas figuras en las que la ley da cabida a características valorativas que presuponen un juicio de antijuridicidad... Por ejemplo, artículo 496 del Código penal [hoy art. 172]: "el que *sin estar legítimamente autorizado* impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley [no] prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera sea justo o injusto". Se discute si tales características deben ser consideradas y tratadas como auténticos elementos normativos del tipo o deben ser atribuidos al ámbito de la antijuridicidad... La existencia de tales características obliga a realizar un depurado análisis de los elementos valorativos contenidos en la figura legal del delito, a fin de distinguir

MANZANARES SAMANIEGO, con opinión distinta a la anteriormente expuesta de PÉREZ MANZANO, y a nuestro parecer acertadamente, considera que en la modalidad de mantenerse la referencia a la voluntad del titular rompe el paralelismo con la primera modalidad de ocupar, donde la autorización debida es un concepto abierto. La solución más acertada, para este autor y para nosotros, pasa “por ampliar en este caso el concepto de titular, incluyendo en ese vocablo a toda aquella persona, privada o pública, u órgano judicial o administrativo, al que hubiese correspondido pronunciarse sobre la autorización inicial. En realidad, se estaría ante el titular de la disponibilidad. Esta exégesis evitaría la inexplicable rotura con aquella primera modalidad delictiva”⁷⁵².

La base de ambas modalidades delictivas es la misma. En palabras de NOGUEIRA GANDÁSEGUI: “*el acto de presencia en un lugar típico contra la voluntad de su titular*”⁷⁵³.

(lo que a veces resulta verdaderamente difícil) aquellos que son simples *presupuestos* del juicio de antijuridicidad (v. gr., la “ajenidad” de la cosa en el delito de hurto del art. 514.1º [hoy art. 234]) de aquellos otros que se *identifican* ya con el juicio mismo de antijuridicidad (v. gr., “sin estar legítimamente autorizado” en el delito de coacciones del artículo 496 [hoy art. 172]). Los primeros pertenecen al tipo como elementos normativos del mismo y, por tanto, un error sobre ellos será un error de tipo. Los segundos pertenecen a la antijuridicidad y, por consiguiente, un error sobre ellos sería un error de prohibición”. MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 286-287. “Atendiendo a su grado de precisión y a la forma en que su presencia debe ser verificada por el juez, se distinguen habitualmente entre elementos descriptivos y normativos. Los elementos descriptivos se corresponden con hechos o procesos, físicos o psíquicos, de naturaleza sensorial, que pueden ser verificados directamente por el juez sin necesidad de una valoración. El concepto de “otro” o el de “muerte” en el homicidio son elementos típicamente descriptivos. Los elementos normativos, por el contrario, requieren una valoración, jurídica o cultural, por parte del juez. El concepto de “cosa mueble” en el hurto, o “infligir un trato degradante” en los delitos contra la integridad moral, son ejemplos clásicos de elementos normativos... No hay elementos descriptivos ni normativos puros... Incluso el elemento más normativo sólo puede concretarse a partir de alguna realidad, más o menos amplia... La distinción entre lo descriptivo y lo normativo alude más a los extremos de una graduación continua de concreción que a la existencia de dos categorías cualitativamente distintas. Ello no impide que en esta escala, la seguridad jurídica aconseje moverse, en la medida de lo posible, hacia el extremo de lo descriptivo”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 127-128.

⁷⁵² MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 912.

⁷⁵³ NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 127. “Lo importante es que el titular del inmueble o derecho se opone a dicha ocupación, que puede surgir desde un principio (ocupar o usurpar), o después (mantenerse)”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 203. “La ocupación ha de hacerse sin la debida autorización. También, el mantenerse en el inmueble ha de ser contra la voluntad de su titular. Ambas fórmulas son equivalentes”. LANDECHO VELASCO, C.Mª., Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal*

C) Sin autorización debida (ocupar)

La ocupación, tal y como exige el tipo penal, ha de realizarse *sin autorización debida*.

En las conductas que atentan contra el patrimonio el legislador se suele referir a la falta de autorización del titular (art. 270 CP), a la falta de consentimiento del titular (arts. 256, 273, 274 CP), a la falta de voluntad del dueño (art. 234 CP), o a la simple falta de autorización (arts. 247, 264 CP). Sólo se ha empleado la expresión “sin la debida autorización” en el artículo 516 bis del anterior Código Penal (Texto Refundido de 1973) que reprimía la utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos, hoy totalmente modificado en su redacción aunque manteniendo la misma expresión (art. 244 CP)⁷⁵⁴.

Español. Parte Especial... Op. cit., Pág., 201. “Además de la propiedad, ha de quedar acreditada la falta de consentimiento a la ocupación, la voluntad expresa contraria a la misma mediante requerimiento en el que quede constancia de su recepción y, en consecuencia, del conocimiento por los ocupantes. En este sentido, es exigible un requerimiento formal de abandono... el tipo penal exige que, una vez la usurpación sea conocida por el legítimo propietario no poseedor, éste manifieste su oposición al usurpador”. RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M^a.P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid... Op. cit.*, Pág., 159.

⁷⁵⁴ BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 17. *Vid.*, Artículo 234.- “1.- El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas *sin la voluntad de su dueño* será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros”. Artículo 244.- “1.- El que sustrajere o utilizare *sin la debida autorización* un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de dos a doce meses, si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo”. Artículo 247.- “1.- El que, *sin hallarse autorizado*, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. Artículo 256.- “1.- El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, *sin consentimiento de su titular*, y causando a éste un perjuicio económico, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”. Artículo 264.- “1.- El que por cualquier medio, *sin autorización* y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”. Artículo 264 bis.- “1.- Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, *sin estar autorizado* y de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno: a) realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior; b) introduciendo o transmitiendo datos; o c) destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica. Si los hechos hubieran perjudicado de forma relevante la actividad normal de una empresa, negocio o de una Administración pública, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose alcanzar la pena superior en grado”. Artículo 264 ter.- “Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, *sin estar debidamente autorizado*, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos

Si para que exista delito la ocupación ha de realizarse *sin autorización debida*, ello implica que ha de existir alguien con capacidad para autorizar, y cuyo permiso no se tiene.

a) Quién puede autorizar

La autorización puede proceder tanto del propietario, como de quien esté legitimado para el uso del inmueble, así como de una resolución judicial o administrativa. También puede provenir de un precepto legal o reglamentario.

artículos anteriores: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”. Artículo 270.- “1.- Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, *sin la autorización de los titulares* de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”. Artículo 273.- “1.- Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, *sin consentimiento del titular* de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos”. Artículo 274.- “1.- Será castigado con las penas de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, *sin consentimiento del titular* de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, a) fabrique, produzca o importe productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, u b) ofrezca, distribuya, o comercialice al por mayor productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, o los almacene con esa finalidad, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. 2.- Será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión el que, con fines industriales o comerciales, *sin consentimiento del titular* de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, ofrezca, distribuya o comercialice al por menor, o preste servicios o desarrolle actividades, que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. La misma pena se impondrá a quien reproduzca o imite un signo distintivo idéntico o confundible con aquél para su utilización para la comisión de las conductas sancionadas en este artículo... 4.- Será castigado con las penas de uno a tres años de prisión el que, con fines agrarios o comerciales, *sin consentimiento del titular* de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación nacional o de la Unión Europea sobre protección de obtenciones vegetales. Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el párrafo anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad”.

En principio y como regla general se encuentra debidamente autorizado quien cuenta con el consentimiento válido del titular de un derecho real sobre el inmueble o de quien lo represente. Dada la amplitud de la expresión empleada, cabría también considerarse como debidamente autorizados *v. gr.*, alojamientos gubernativos forzosos por situaciones de urgencia, necesidad, catástrofe, etcétera; y decisiones judiciales sobre atribución del uso de vivienda...

Este elemento del tipo parece exigir, en todo caso, alguna clase de autorización para ocupar un inmueble, pues de lo contrario, tal ocupación contaría con el requisito de carecer de la autorización debida, y se tornaría en consecuencia típica. Así parece entenderlo MANZANARES SAMANIEGO al afirmar: “el desconocimiento del titular, su ausencia o cualquier otra dificultad para obtener la autorización no permite destipificar la conducta como si se hubiese obtenido aquella autorización”⁷⁵⁵.

⁷⁵⁵ Vid., MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 911; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 17-18; GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*... *Op. cit.*, Pág., 398; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*... *Op. cit.*, Pág., 447. “Que la ocupación sea “sin autorización debida”, expresión esta que, según se advirtió en otro lugar, comprende tanto la autorización del dueño como la concedida por órganos judiciales o administrativos”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913. HAVA GARCÍA sostiene que la autorización puede provenir de un precepto legal. En la misma línea se muestra MESTRE DELGADO: “La autorización que puede equivaler al consentimiento del titular del inmueble o de quien posea facultades de disposición con respecto al mismo, o bien proceder de un precepto legal”. HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 293. “En todo caso, por el propio contenido de las conductas que se tipifican como usurpación en los arts. 245.2, 246 y 247, es muy frecuente la concurrencia de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7º del Código), ya que aquéllas hacen referencia a comportamientos que, en muchas ocasiones, responden a la actuación legítima de funcionarios públicos que desempeñan tareas encomendadas legalmente a la Administración (policías, bomberos, arquitectos, ingenieros, o peritos de las Administraciones Locales, etc.). Esta situación ha provocado que, en los tipos de ocupación pacífica de inmuebles (art. 245.2) y distracción de los cursos de agua (art. 247), el legislador haya configurado como causa de atipicidad la autorización de la conducta, extremo éste que debe reconducirse a la reglamentación propia del servicio público de que se trate”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 346. “La autorización existe por lo dispuesto en los arts. 1.3 y 38 de la Ley Hipotecaria que consagra el llamado principio de legitimación registral en virtud del cual “a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo” (art. 38)”. CLIMENT DURÁN, C.: *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*... *Op. cit.*, Págs., 1328-1329.

b) Requisitos de la autorización

Para QUERALT JIMÉNEZ en la modalidad de ocupación pacífica, (por contraposición a la de mantenerse), y para que la conducta sea ajustada a derecho, considera que no debe exigirse a la *autorización debida* en cuanto a su inequívocidad y fehaciencia más requisitos que los que se requieren para el consentimiento en otros delitos más graves como el aborto o las lesiones⁷⁵⁶.

⁷⁵⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Págs., 446-447. “En las modalidades de... [aborto de una mujer sin su consentimiento], se exige la ausencia de consentimiento de la mujer gestante (porque éste no se haya recabado), o que estemos ante un consentimiento inválido al haber sido prestado por violencia, amenaza o engaño. El consentimiento aparece así, a nuestro juicio, como un elemento negativo del tipo, una causa de atipicidad y no una causa de justificación, pues afecta directamente a la apreciación del tipo positivo... Es preciso plantear la cuestión sobre la validez del consentimiento en consideración de la edad, capacidad o madurez de la persona que lo emite. La Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, con carácter general establece un régimen que confiere validez al consentimiento del menor de edad, a no ser que éste no sea capaz intelectualmente ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención: en ese caso, el consentimiento corresponde al representante legal, aunque el menor debe ser escuchado si tiene 12 años cumplidos y, en todo caso, no cabe el consentimiento por representación si el menor está emancipado o tiene 16 años cumplidos. Este régimen general se somete a excepción en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, práctica de ensayos clínicos y práctica de técnicas de reproducción asistida, que se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad (Ley 41/2002 art. 9.3 y 4). A pesar de esta regulación, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han venido admitiendo que en el caso del aborto no se exige, para otorgar validez al consentimiento, la mayoría de edad penal, sino que estemos ante una persona capaz de tomar decisiones, con capacidad de juicio y comprensión para adoptar una decisión racional (AP Málaga 20-4-02). El Tribunal Supremo ha confirmado este criterio y la absolución de los acusados aunque sin entrar a fondo en la cuestión del consentimiento... La situación legal se ve modificada por la LO 2/2010, que recaba como requisito común en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, que ésta se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal (LO 2/2010 art. 13), de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, pero sometiendo a la misma a una importante reforma: saca del régimen general de la mayoría de edad los casos de interrupción voluntaria del embarazo (Ley 41/2002 art. 9.4 modif. LO 2/2010), determinando que en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, les corresponde exclusivamente a ellas el otorgar el consentimiento, de acuerdo con el régimen general aplicable a los mayores de edad (interpretación conjunta de LO 2/2010 art. 13 y disposición final 2ª). La polémica generada por esta propuesta se ha zanjado con la exigencia de información a uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en dichas edades, si bien es posible prescindir de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o cuando se produzca una situación de desarraigo o desamparo. En todo caso, se podrá prescindir del consentimiento expreso en los casos de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo (LO 2/2010 art. 13) y cuando no sea posible conseguir la autorización (Ley 41/2002 art. 9.2.b)”. ROPERO CARRASCO, J.: << Capítulo 21.- Delitos contra las personas. Sección 4.- Delitos de aborto >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 653-654. “Se incluyen, por último, supuestos de lesiones en los que, de una forma u otra, tiene relevancia el consentimiento del lesionado: las lesiones con consentimiento del lesionado, las lesiones causadas en trasplante de órganos, cirugía transexual y esterilización; y otras lesiones en el ámbito sanitario. En el primer caso se contiene una regla general (de atenuación), mientras que en el segundo se regulan determinados supuestos de exención de responsabilidad (por justificación)... Lesiones con consentimiento del lesionado (CP art. 155). En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz. Los requisitos planteados para la validez del consentimiento (de modo que pueda entrar en juego este precepto) son: que haya sido prestado libremente (libre de coacción

o amenaza); que sea espontáneo (para algunos parece excluirse la propuesta hecha por otro, por precio o recompensa, mientras que otros requieren –lo que parece más adecuado teniendo en cuenta el tenor literal– que surja la iniciativa de la propia autonomía del titular del bien); que sea expreso y actual... Lesiones causadas en trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilización (CP art. 156). El consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no es punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz... Otras lesiones en el ámbito sanitario. Un ámbito en que el consentimiento del lesionado excluye la responsabilidad por un delito de lesiones (y un sector de creciente relevancia práctica) es el de los tratamientos médicos... La pieza clave de esta primacía de la autonomía [del paciente] está en el consentimiento como elemento esencial de la relación médico-paciente. Como es obvio, en el ámbito del tratamiento médico, con sus conocimientos hiperespecializados, el consentimiento del paciente será siempre "papel mojado" si no se fundamenta en un conocimiento razonable de la situación y de las alternativas médicas ante las que se encuentra. Es necesario, por lo tanto, que reciba (también teniendo en cuenta sus características intelectivas) la información necesaria para poder prestar un consentimiento que merezca tal nombre y calificación jurídica. Hasta tal punto esto es así, que en la terminología jurídica en español (como en otros países de nuestro entorno) se ha impuesto la denominación (redundante) de "consentimiento informado" para el consentimiento en el ámbito de tratamiento médico, como elemento esencial de una regulación que respete la autonomía del paciente... Consentimiento informado (Ley 41/2002 art. 8). En el plano operativo de la institución del consentimiento informado, la Ley 41/2002 lo define como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (Ley 41/2002 art. 3). Con carácter general el consentimiento tiene como requisitos básicos que se otorgue con carácter previo a la intervención, que exista capacidad de disposición sobre el bien jurídico en cuestión y que el sujeto comprenda los términos de aquello en lo que consiente. Lo que en este ámbito interesa ante todo es, obviamente, la configuración y los efectos de los vicios del consentimiento, es decir, los supuestos en los que el consentimiento es considerado inválido, jurídicamente inexistente y por ello incapaz de eliminar el injusto de la intervención heterónoma en su ámbito. Podemos dejar de lado la coacción o la violencia como vicios del consentimiento, y considerar sólo la inexistencia de consentimiento (informado) por ausencia de la información necesaria o por falta de capacidad para consentir. En cuanto a lo primero, la información, es el médico el garante de que el paciente la reciba (Ley 41/2002 art. 4.3)... En cuanto a la capacidad de consentir, parece claro que éste es un ámbito especialmente relevante en el campo de la actividad médica: el paciente, enfermo (y muy especialmente en el cada vez más importante grupo de personas que sufren enfermedades crónicas a edades avanzadas), puede presentar con especial facilidad características que pongan en cuestión su capacidad para consentir... En cuanto a la forma (establecida al regular el consentimiento en la Ley 41/2002 art. 8.2 y 3 de fundamental importancia en materia de prueba), siendo el consentimiento verbal por regla general, se exige, sin embargo, la forma escrita para la cirugía, procedimientos invasivos en general y para todas aquellas actuaciones que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, y debiendo incorporar el documento de consentimiento informado "información suficiente". La regulación de la información prevé también aquellos supuestos en los que por razones terapéuticas no conviene, precisamente, trasladar la información al paciente; en tal caso, el médico puede ejercer la "facultad" de llevar a cabo el tratamiento sin información, y, por lo tanto, sin consentimiento. Esta hipótesis, a veces denominada... "privilegio terapéutico", es definida como estado de necesidad terapéutica (Ley 41/2002 art. 5.4)... Capacidad. De acuerdo con su inspiración en el principio de autonomía, la Ley 41/2002 mantiene un criterio claramente orientado *pro libertate*: establece la edad de competencia plena a los 16 años y obliga a contar con los menores mayores de 12 años (Ley 41/2002 art. 9.3). La evaluación de la capacidad del paciente corresponde al médico responsable que lo trata, quien debe enjuiciar si el paciente adulto es "capaz de tomar decisiones", así como la capacidad intelectual o emocional del paciente menor de edad de "comprender el alcance de la intervención" (Ley 41/2002 art. 9.3. a y c). Aunque no se dice expresamente en el texto legal, es evidente... que la posición de garantía sobre el paciente que corresponde al médico responsable en materia de información continua en los supuestos de incapacidad

Consideramos que según la doctrina general del consentimiento en el ámbito del Derecho Penal, y como institución propia de esta rama del ordenamiento jurídico, distinta de una declaración negocial, no es necesario que el sujeto que consienta (autorice) disponga de capacidad jurídico-civil para negociar válidamente, sino que basta en principio la capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento⁷⁵⁷.

en los que se pasa a lo que la Ley denomina "consentimiento por representación"... El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario (Ley 41/2002 art. 9.5)". CANCIO MELIÁ, M.: << Capítulo 21.- Delitos contra las personas. Sección 5.- Lesiones >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 682-685. Al margen de los supuestos específicos de aborto y lesiones, con carácter general para el resto de supuestos, "el consentimiento no requiere reunir los requisitos necesarios para una declaración negocial del Derecho Civil, puesto que constituye una *institución propia del Derecho penal*. No importan aquí los principios de protección del menor de edad o del tráfico jurídico, sino sólo si el consentimiento excluye el merecimiento de pena del hecho consentido. De este punto de partida arranca la teoría jurídico-penal de los requisitos del consentimiento. a) No es necesario que el sujeto que consiente disponga de *capacidad jurídico-civil* para negociar válidamente, sino que basta en principio la capacidad *natural* de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento. Sin embargo, en *algunos* delitos se señalan límites de edad más elevados... b) Se discute si es preciso o no que el consentimiento se manifieste *externamente*. Anteriormente se contraponían la teoría de la declaración de voluntad, que exigía la manifestación externa como en un negocio jurídico, y la teoría de la dirección de voluntad, que se contentaba con la conformidad interna del afectado. En la actualidad se ha impuesto una dirección intermedia, que exige (sólo) que el consentimiento sea *reconocible* externamente, por cualquier medio, aunque no sea de los previstos por el Derecho civil. Ello no es óbice para que en *algún* caso la ley pueda requerir que el consentimiento *se manifieste expresamente*... En cualquier caso, el consentimiento no puede producirse con posterioridad (sin perjuicio de la posibilidad del "consentimiento presunto"). c) ¿Es necesario que el autor conozca el consentimiento? No es preciso que el autor tenga conocimiento del "acuerdo" (si éste es reconocible externamente según se ha dicho), para que quede desplazado el tipo de delito de que se trate... d) No es aplicable la teoría jurídico civil de los vicios de la voluntad. La coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño sólo lo hacen cuando afectan a la *cantidad* y *cualidad* de la injerencia consentida. No hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos, el error sobre la identidad de la persona a la que se consienta intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración. Existe error en los motivos cuando afecta sólo a la razón o motivo por el cual se consiente". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 524-526. "La eficacia del consentimiento en Derecho Penal debe estar sometida a sus propias reglas y requisitos. Que no coinciden necesariamente con el Derecho Civil. Sin embargo, la construcción jurídico-civil del consentimiento puede adaptarse en el sistema penal en todo lo que no sea incompatible con sus principios... En lo que se refiere a la persona que consiente se trata de un acto personal, del propio afectado, no admitiéndose con carácter general el consentimiento por representación, salvo en los casos expresamente regulados en la ley, especialmente en el ámbito sanitario". GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. V.- Consentimiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 203-204.

⁷⁵⁷ "En cuanto a los requisitos que se exigen en el ámbito penal para la eficacia del consentimiento, se admite que basta en principio la capacidad natural de discernimiento". BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 18.

c) Ausencia de requisitos ad solemnitatem

En cuanto a la forma en que debe expresarse el acuerdo o consentimiento, sirve cualquier modalidad que se emplee siempre que se manifieste externamente, lo cual permitirá afirmar que quien ocupa un inmueble con tales condiciones realiza una conducta plenamente lícita. *A sensu contrario*, cualquiera que sea la modalidad empleada para manifestar externamente la oposición a la ocupación, permitirá afirmar que nos encontramos ante una ocupación “sin autorización debida”⁷⁵⁸.

Sostiene FERNÁNDEZ APARICIO que “en cuanto a la forma de la autorización parece claro que puede ser verbal o escrita. No hay por tanto ningún requisito *ad solemnitatem*. Distinto es que para la propia seguridad jurídica del ocupante tenga la autorización por escrito, lo que le facilitará la prueba”⁷⁵⁹.

d) Autorización ¿expresa o tácita?

La autorización para un sector doctrinal podrá ser *tanto expresa como tácita* (QUERALT JIMÉNEZ, CALABUIG COSTA, BARBER BURUSCO...) pero proveniente del titular o de su representante, y entendiéndose producida tácitamente tal autorización, y con el carácter de debida, según QUERALT JIMÉNEZ “si transcurrido un tiempo prudencial en que se ve cómo los autores asientan sus reales en el inmueble... el propietario, sean cuales fueren las razones, tolera”. Pese a ello, el referido autor es de la opinión de que el titular conserva sus acciones reivindicatorias, interdictales o desahucio que en Derecho procedan⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 18.

⁷⁵⁹ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1318; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 22. “Pudiendo ser la autorización verbal o escrita, aunque, como refiere Fernández Aparicio, la escrita facilita la prueba al respecto”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*... *Op. cit.*, Pág., 398.

⁷⁶⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*... *Op. cit.*, Págs., 446-447. “La autorización puede ser expresa o tácita, entendiéndose por esta última el hecho de tolerar sin denunciar la ocupación que sufre el titular del inmueble”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 811.

La entrada para que sea típica, afirma OLIVAS DÍAZ, debe realizarse sin la autorización del titular, ya sea expresa o tácita, y ya manifestada antes de la entrada, o

“También debe admitirse como válido el consentimiento tácito, y podría afirmarse que en el tipo que nos ocupa hay consentimiento tácito, si en presencia del titular, los autores de la ocupación se instalan, y aquél, por las razones que fuere, tolera (realmente claro, no por miedo, prudencia ante posibles consecuencias negativas de su oposición, etc.) esa ocupación”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 18. “Mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular: a diferencia del supuesto anterior, [ocupación sin autorización debida], exige un acto expreso del titular del inmueble contrario al mantenimiento del sujeto activo en el inmueble”. HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 293. *A sensu contrario*, para este autor ocupar sin autorización debida no exige un acto expreso del titular del inmueble contrario a la ocupación. Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 21-5-2001, nº 51/2001, rec. 7/2001, Pte: Elizburu Aguirre, Iñigo (EDJ 2001/39706): “La prueba practicada se desprende una apariencia de *tolerancia de la situación...* para concluir de la forma ya apuntada, lo que implica que procede estimar el recurso y la adhesión, y absolver a los acusados, sin que ello suponga reconocimiento de derecho alguno de los mismos para ocupar o seguir ocupando el edificio, debiendo tener los mismos presente que la denunciante ya ha expresado su oposición a la ocupación”. Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 4-5-2004, nº 463/2004, rec. 495/2004, Pte: Hernández García, Javier (EDJ 2004/71415): “La actualizada acción excluyente del titular mediante la presentación de la denuncia y la consiguiente incoación del procedimiento tuvo su pronto reflejo en el abandono de la cosa por parte del inculpaado, lo que patentiza dos circunstancias relevantes: la primera, que durante el tiempo en que permaneció pudo existir, o al menos representarse, una *tolerada ocupación que también excluiría el tipo*”. Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 7-6-2007, nº 143/2007, rec. 1176/2007, Pte: Maeso Ventureira, Augusto (EDJ 2007/215301): “No consta su voluntad expresa de autorizar la ocupación del acusado, pero tampoco se ha dirigido a éste para comunicarle su oposición a la ocupación... Pese a que debe constarle que éste ha realizado algunos pagos a la Comunidad de Propietarios, nada le ha manifestado en relación con los mismos, ni en relación a la ocupación, que, cabe deducir que *ha tolerado, de hecho*. Incluso durante la tramitación de la causa manifestó que se pondría en contacto con el abogado del acusado para arreglarse sobre un contrato de alquiler (alquiler que vendría afectado por la dicción del artículo 525 del Código Civil) con lo que no cabía deducir que en dicho momento se opusiera a la ocupación de la vivienda por el acusado, sino que estaba dispuesto a que continuara, si abonaba la renta o alguna cantidad como contrapartida”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar (EDJ 2009/162720): “La propietaria de la vivienda, con esta falta de actuación, ha venido a *tolerar que la acusada viviera en ella, no quedando acreditado en consecuencia el elemento típico del tipo de la usurpación, de voluntad contraria del titular*”. Audiencia Provincial de León, sec. 3ª, S 2-5-2012, nº 299/2012, rec. 169/2011, Pte: Peñín del Palacio, Manuel Ángel (EDJ 2012/91940): “Lo anterior pone de manifiesto una *cierta tolerancia o dejadez por parte de la propiedad* hacía la conducta del denunciado en relación con un inmueble que se ubica en el casco urbano de la Ciudad, y en el que el acusado pese a carecer de derecho alguno ha llegado a construir una especie de cobertizo y viene *desde hace tiempo* introduciendo caballos. Es por ello que existiendo dudas acerca de la intención de usurpar en la conducta del denunciado, se impone mantener la libre absolución del mismo, sin perjuicio de que de persistir en los actos que han dado lugar al presente procedimiento, dicha conducta pueda ser sancionada penalmente como constitutiva de un delito de usurpación del artículo 245.2 del Código penal”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 25-4-2013, nº 358/2013, rec. 10/2013, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2013/137679): “En definitiva, los hechos declarados probados son compatibles (más aún a la vista de la prueba documental) con un supuesto de ocupación no autorizada expresamente, pero sí tácitamente por la vía de la tolerancia de la ocupación conocida; asimismo, es compatible con una ocupación de un inmueble respecto del que no hay constancia que la titular hubiera efectuado entre el 22 de octubre de 2002 y el 26 de mayo de 2009, actuación alguna destinada a revelar su condición de titular y a ejercer la posesión de la misma en términos socialmente claros y manifiestos”.

lo que es más frecuente, después, dado que, en la mayoría de los casos, lo que se ocupa son inmuebles abandonados físicamente, y en todo caso vacíos⁷⁶¹.

Otro sector doctrinal considera que la autorización ha de ser expresa no siendo admisible que la misma sea tácita. Así, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ se oponen a la autorización tácita o implícita al decir: “el tipo penal exige que se haga sin la autorización debida. Sin embargo, la jurisprudencia en algunas ocasiones, bajo nuestro punto de vista, no ha interpretado adecuadamente dicho requisito entendiendo una especie de autorización implícita cuando el titular tiene conocimiento de la ocupación y no se manifiesta en contra de forma expresa, con requerimientos dirigidos al desalojo”⁷⁶².

En la misma línea doctrinal, sostiene SERRANO PIEDECASAS que “se requiere además de una manifestación inequívoca y expresa de la autorización otorgada por el titular. Por eso, no sirve de excusa la dificultad de su obtención por parte del ocupante”; y ROCA AGAPITO quien afirma: “la autorización para ocupar sí tiene que ser expresa”⁷⁶³.

⁷⁶¹ OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... *Op. cit.*, Pág., 62. Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 4ª, S 9-11-2006, nº 478/2006, rec. 774/2006, Pte: Sánchez Siscart, José Manuel (EDJ 2006/419276): “El análisis de la controversia se centra en el requisito de la falta de la debida autorización. Dicho requisito debe quedar acreditado fuera de toda duda, lo que debe ser objeto de especial análisis en aquellos supuestos, como el presente, en el que no consta expresamente la voluntad en contra del titular del derecho sino hasta producido el requerimiento de desalojo, pues tratándose de la ocupación de fincas abandonadas, en mal estado, incluso ruinoso, sin arraigo en la conciencia social, no cabe presumir sin más dicha falta de autorización, puesto que en estos casos la perturbación posesoria no aparece claramente opuesta al derecho de exclusión que corresponde al poseedor, sin olvidar que en esta materia resultaría suficientemente operativo el consentimiento tácito”. Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 4ª, S 9-11-2006, nº 478/2006, rec. 774/2006, Pte: Sánchez Siscart, José Manuel (EDJ 2006/419276): “También debemos estimar acreditado, pues así lo estima la Juzgadora en el FJ 2º que el edificio se encontraba en estado ruinoso que impedía la habitabilidad de la vivienda, sin que conste con carácter previo al requerimiento la oposición expresa por parte del titular. Tras recibir la oposición expresa del titular, a través del requerimiento de desalojo que le efectuó la Guardia Urbana de Reus, la acusada, según declara la sentencia de instancia, accedió a ello de forma voluntaria, lo que a juicio de la Sala patentiza dos circunstancias relevantes: la primera, que *durante el tiempo en que permaneció pudo existir, o al menos representarse, una tolerada ocupación que o bien excluiría el ataque al bien jurídico, o bien la culpabilidad*; y la segunda, que, en todo caso, no pretendió negar el contenido reaccional del derecho del titular a excluir a poseedores clandestinos o sin título, por lo que ante esta situación la Sala considera que la perturbación posesoria producida antes de que constase la oposición expresa por parte del titular carece en el presente supuesto de las condiciones de antijuridicidad material reclamada por el tipo penal”.

⁷⁶² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Pág., 4.

⁷⁶³ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 419; ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas

La Jurisprudencia *menor* una vez más se muestra vacilante y en ocasiones exige que la autorización sea expresa y, otras reconoce como supuestos de autorización tácita el mero transcurso del tiempo⁷⁶⁴.

>> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 209. “Deberá entenderse que la ausencia de autorización debida es expresa, es decir, que no cabe la suposición de un consentimiento tácito”. MACIÁ GÓMEZ, R., Y ROIG ALTOZANO, M.: *Nuevo Código Penal de 1995...* *Op. cit.*, Pág., 458. Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-7-2000, nº 150/2000, rec. 114/2000, Pte: Calderón Susín, Eduardo (EDJ 2000/37439): “Hablar de autorización tácita, o de que él lo creyera así, carece de cualquier fundamento; no hay que confundir un consentimiento tácito, con la despreocupación o más bien con la tolerancia, en todo caso transitoria o eventual mientras los propietarios decidían cómo utilizar el inmueble, probablemente sabedores de que el lanzamiento en situaciones de esta índole suele conllevar dificultades y violencias; en último extremo, el que ya antes de noviembre de 1997 se hubiera cambiado la cerradura y limpiado el apartamento, indicaba a todas luces al acusado que ni existía ya autorización, ni tolerancia alguna”.

⁷⁶⁴ *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 14-11-2006, rec. 145/2006, Pte: Hortal Ibarra, Juan Carlos (EDJ 2006/417346): “En este punto, resulta cuanto menos sorprendente, tal y como acertadamente ha destacado la Juez a quo, que las recurrentes aleguen en su defensa el hecho de que el denunciante no hubiera acreditado en el momento en que se personó en la finca (3/10/2003) su titularidad sobre la misma, cuando ellas la *ocuparon ilegítimamente, esto es, sin autorización expresa de su propietario y sin título alguno que respaldara dicha posesión*”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 17-9-2009, nº 458/2009, rec. 148/2009, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2009/353624): “*Sin autorización expresa y de forma irregular* los acusados... ocuparon la vivienda de promoción pública”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 25-4-2013, nº 358/2013, rec. 10/2013, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2013/137679): “Se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada salvo en lo siguiente: se sustituye la frase, sin ningún tipo de autorización por parte de su propietaria, por la siguiente: *sin autorización expresa* por parte de su propietaria”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “Se requiere además de una *manifestación inequívoca y expresa de la autorización otorgada por el titular*. Por eso, no sirve de excusa la dificultad de su obtención por parte del ocupante: “El autor ha de actuar sin la autorización debida, siendo en principio indiferente que el propietario o titular desconozca lo sucedido o esté ausente, o cualquier otra dificultad para obtener la autorización” (SAP Sevilla)”. Audiencia Provincial de Madrid, S 20-12-1999, nº 340/1999, rec. 341/1999, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 1999/54076): “Aun admitiendo que se introdujeron en la vivienda sin la autorización de los propietarios... el dato cronológico de una ocupación que se prolonga sin el ejercicio de ninguna acción de las legalmente previstas para impedirlo durante cinco años, se concluye una vez más que al menos hubo aceptación de tal situación. Y partiendo de este dato, que se compagina con el relato de hechos probados que la sentencia contiene, se llega a la conclusión de que los acusados permanecieron en una situación de uso y disfrute ininterrumpida durante un período de tiempo prolongado, cercano si no superior a los cinco años, esto es, desde el año 1992 en fecha que no consta, hasta el 7 de abril de 1997 que fueron expresamente denunciados. Período de tiempo que incluso hizo decaer el derecho que a los copropietarios asistía para ejercitar aquellas acciones civiles específicamente previstas ante perturbaciones posesorias, esto es, los interdictos. Y no parece congruente que esta situación, insistimos que se ha prolongado durante cinco años, con la *aceptación al menos tácita de los propietarios*, se torne delictiva en el mismo momento en que estos tomen la opción de denunciar los hechos ante la Guardia Civil. Se había consolidado otra situación de uso y disfrute que sin duda los propietarios tienen todo el derecho a combatir en el ámbito del derecho y proceso civil, pues *ese consentimiento de la situación durante un prolongado período de tiempo elimina la tipicidad del comportamiento de los acusados*. Es cierto que el artículo 245, párrafo 2º del Código Penal se refiere tanto a la ocupación sin autorización del propietario, como a la permanencia contra esta voluntad, pero en todo caso habrá de entenderse que es una voluntad contraria desde el mismo momento en que este tiene conocimiento de la situación. El consentimiento o aceptación por parte de los propietarios de una ocupación, sobre todo en un período tan dilatado como en el que aquí nos ocupa, genera una situación de hecho que excluye la tipicidad del comportamiento y en consecuencia su relevancia penal. Por ello, esta Sala, en definitiva, entiende que los recursos interpuestos han de ser

Difícilmente podemos concebir la existencia de una autorización inequívocamente reconocible externamente que no sea expresa. No podemos, pues, admitir la autorización tácita, ni que sean supuestos de ésta aquellos en los que una vez producida la ocupación, la misma se tolera, ya que, un consentimiento *a posteriori* no es tal, sino sólo perdón. La autorización debe haber sido prestada con anterioridad a la acción del sujeto activo y mantenerse cuando ha sido iniciada la ejecución de la acción dado que hasta ese momento es revocable⁷⁶⁵.

estimados y en consecuencia, revocada la sentencia de instancia, dictando otra en su lugar por la que se absuelva a los acusados del delito de usurpación, declarando de oficio las costas de ambas instancias”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 10ª, S 21-10-2011, nº 388/2011, rec. 40/2011, Pte: Martínez Marfil, Javier (EDJ 2011/386379): “Lo que el Juzgador valora como una situación de tolerancia basada en cuestiones compasivas, constituye un *consentimiento tácito* por parte de la propiedad, a tenor de las declaradas circunstancias de la ocupación: inmueble en estado semirruinoso habitualmente ocupado por toxicómanos y sin uso efectivo por parte de la propiedad, sin suministros de agua y luz, *prolongación temporal durante años* (en coincidente expresión de imputados y testigos, aunque no se haya podido precisar concretamente el periodo) y circunstancias cuando menos equívocas propiciadas por la propiedad en el sentido de haber mantenido como mínimo una reunión con los ocupantes informándoles sobre el acceso a los suministros de agua y luz (vid. Testifical del Sr. Artemio) lo cual no se compadece con una voluntad de exclusión del uso que justifica la aplicación del precepto por el que se ha dispuesto la condena”.

⁷⁶⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El consentimiento en el Derecho Penal. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*. Nº 7. Ed. Dykinson. Madrid, 1999. Pág., 16. “En cuanto al momento en que ha de consentirse suelen hacerse dos afirmaciones. La primera es que el consentimiento real ha de ser anterior o simultáneo a la injerencia que se tolera y que, hasta ella, siempre es revocable. La segunda, que una vez iniciada la injerencia o terminada sin que haya mediado el consentimiento válido, lo único de lo que se puede hablar es de perdón, que tendrá como efecto el extinguir la responsabilidad criminal únicamente en determinados delitos perseguibles a instancia de parte... Para que podamos hablar de consentimiento real éste ha de concurrir durante la injerencia en el bien jurídico. Si el consentimiento se otorga una vez iniciada la injerencia, ello dará lugar a una responsabilidad por tentativa”. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: *El consentimiento en Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014. Pág., 179. “Se discute en la doctrina si es preciso que el consentimiento se exteriorice de forma expresa, o si por el contrario, basta con que dicho consentimiento exista. Esta cuestión conduce a la cuestión de si es necesario que el que actúe tenga conocimiento de que obra con consentimiento del titular del bien jurídico disponible o, si es suficiente la mera existencia de consentimiento aunque el que actúe desconoce que concurre”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El consentimiento en el Derecho Penal. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*. Nº 7... *Op. cit.*, Págs., 16-17. “Tres teorías son las que, fundamentalmente, han aparecido al respecto... La primera es la *teoría del negocio jurídico o de la declaración de voluntad negocial*, que tiene su origen en la tesis de Zitelmann sobre el consentimiento.... [Según la cual] la declaración de voluntad en que consiste el consentimiento debe producirse de acuerdo con las reglas civiles que rigen el negocio jurídico... La segunda es la *teoría de la dirección de voluntad*, que entiende, por el contrario, que basta la aprobación interior del titular del bien jurídico, sin necesidad de exteriorizar dicha voluntad, para que el consentimiento sea eficaz. La eficacia del consentimiento no depende del conocimiento que del mismo haya tenido el autor, sino de su existencia, pues sólo su ausencia determinará la lesión del bien jurídico. Finalmente la *teoría intermedia o mediadora o teoría de la conciliación*, en palabras de Jescheck, que requiere que el consentimiento sea inequívocamente reconocible externamente, aunque no es preciso que reúna los requisitos exigidos por el Derecho civil para la declaración de voluntad. A esta última teoría se adhiere Roxín... Por lo que se refiere al momento de emisión del consentimiento, éste debe ser actual, es decir otorgado antes de la comisión del hecho y perdurar durante toda la ejecución del mismo, de forma que pueda ser revocado, en cualquier momento, antes de la consumación del delito. La revocación debe ser, también, manifestada exteriormente para que sea eficaz. Si se concede el consentimiento una vez consumado el delito, no resulta eficaz como causa de exención de responsabilidad criminal, pues la

e) *La tolerancia no es autorización tácita*

Si el inmueble se halla cerrado la voluntad contraria de su titular es manifiesta⁷⁶⁶.

La falta de autorización o la voluntad contraria del dueño debe presumirse *iuris tantum* en viviendas o fincas cerradas al igual que en espacios no edificadas cuyo cercamiento revela la voluntad del dueño⁷⁶⁷.

ratificación no es consentimiento”. SEGURA GARCÍA, M^a. J.: *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Naturaleza y eficacia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Págs., 136-139.

⁷⁶⁶ ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 255; ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 320.

⁷⁶⁷ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 419; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 912. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15^a, S 24-2-2014, n° 131/2014, rec. 43/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2014/29870): “El Tribunal, tras el examen de lo actuado, comparte plenamente los argumentos de la sentencia apelada, que sustentan el pronunciamiento condenatorio. La entidad titular de la vivienda no ha alegado en ningún momento que comunicase a la recurrente que no estaba autorizada para utilizarlo. Tampoco lo ha acreditado. Sin embargo, ello no es necesario en modo alguno, pues *la voluntad contraria de cualquier titular de un bien a las inmisiones ajenas se presume, especialmente cuando se colocan cerramientos y otras medidas similares que no pueden tener otro objeto que el de excluir a cualquier tercero del uso y disfrute*”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6^a, S 27-9-2001, rec. 485/2001, Pte: Gimeno Jubero, Miguel Ángel (EDJ 2001/59589): “En el terreno valorativo, de la declaración de la acusada se desprende que sí ocupó la vivienda, y que lo hizo con posterioridad a 1996, fecha en la que se hizo el último lanzamiento en virtud del proceso seguido por ocupación en precario. Y el testimonio aludido reveló que *se tapiaron las aperturas, sin que a partir de dicho momento se tolerara ninguna ocupación. Es evidente que el acto de lanzar y posterior tapiado es manifestación clara de la falta de autorización*, sin que la actuación estuviera amparada por justificación alguna”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3^a, S 25-1-2013, n° 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “La falta de autorización o la voluntad contraria del dueño debe presumirse *iuris tantum* en viviendas o fincas cerradas al igual que en espacios no edificadas cuyo cercamiento revela la voluntad del dueño. Así, se estima que falta la autorización del dueño cuando queda exteriorizada por “los perceptibles signos de fractura de los elementos de cierre dispuestos por la propiedad para evitar el acceso indeseado” (SAP Navarra 2.7.2002)”. Audiencia Provincial de Navarra, sec. 2^a, S 2-7-2002, n° 83/2002, rec. 52/2002, Pte: Cobo Sáenz, José Francisco (EDJ 2002/41772): “Se mire por donde se mire, desde el normal conocimiento de la antijuridicidad de una conducta, pertenece la percepción, (incluso salvando las distancias propias de la diversidad del entorno cultural, social y convivencial, que en cualquier caso no han sido justificadas), de que no se puede permanecer, en el interior de una vivienda habitable, con signos ostensibles, de la utilización si quiera sea esporádica de la misma, en contra de la voluntad de su propietario, exteriorizada, porque el acceso al interior de la vivienda, se realiza por un lugar que no es el adecuado al efecto y que presenta perceptibles signos de fractura de los elementos de cierre dispuestos por la propiedad para evitar el acceso indeseado, de personas ajenas a la misma”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6^a, S 14-11-2006, rec. 145/2006, Pte: Hortal Ibarra, Juan Carlos (EDJ 2006/417346): “No sólo porque alguien que se encuentra cerrada una vivienda necesariamente ha de pensar que pertenece a alguien”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1^a, S 30-11-2012, n° 460/2012, rec. 762/2012, Pte: Garrido Sancho, Pedro Luis (EDJ 2012/320888): “Por tanto, si admiten éstos que entraron en la referida casa, la cual se

Sostiene MANZANARES SAMANIEGO que “la tolerancia pasiva no es equiparable siempre a la autorización tácita. Así, se ha escrito que el delito se comete igualmente cuando la ocupación se produce “sin” dicha autorización (por ejemplo, por el desconocimiento de la misma). No cabe tampoco, frente a alguna opinión doctrinal aislada, estimar que existe consentimiento siempre que no haya prohibición expresa, en particular cuando falte o se desconozca quien tenga la capacidad para autorizar. La cuestión ha de plantearse en otros términos, pues lo que interesa básicamente es saber si atendiendo a las características o signos del inmueble su titular se opone al acceso de terceros, y con más razón, a la ocupación por parte de los mismos. Si esto es así, el desconocimiento del titular, su ausencia o cualquier otra dificultad para obtener la autorización no permite destipificar la conducta como si se hubiese obtenido aquella autorización”⁷⁶⁸.

Continúa afirmando el referido autor, y cuya opinión compartimos, que: “Dicha negativa ha de presumirse *iuris tantum* en viviendas o fincas urbanas o cerradas, al igual que en espacios no edificados pero cuyo cerramiento revele la voluntad del dueño, bien entendido que la exclusión no desaparece por el hecho de que aquellas medidas hayan perdido su eficacia física, parcial o accidentalmente, por alguna insuficiencia o deterioro (v. gr., la rotura de una ventana en la casa cerrada). Más dudas ofrecen los espacios en los que sólo existen avisos de prohibición. Nuestro art. 245.2 se conforma con la

encontraba además cerrada con candado, es evidente que no contaron con la autorización de la propiedad, resultando ciertamente irrelevante las cuestiones relativas a si el maset contaba o no en ese momento con el suministro de luz y agua”. Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 24-5-2013, nº 158/2013, rec. 1204/2012, Pte: Maeso Ventureira, Augusto (EDJ 2013/312568): “Si el inmueble estaba cerrado y tapiado y el propietario presentó denuncia por los hechos, de ahí se desprende con claridad su falta de consentimiento con la ocupación. El hecho de que estuviera vallado constituye un signo exterior mediante el que el propietario del inmueble indica visiblemente su intención de excluir a otras personas del mismo”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815): “Por otra parte, el estado previo de la finca pudiera ser signo inequívoco del propósito del propietario o poseedor de mantener la posesión exclusiva de la misma, sea por mantenerla cerrada, sea por un estado de conservación incompatible con un eventual abandono, sea por guardar en su interior muebles u objetos de cierto valor, sea por otros posibles indicios de una voluntad conservativa”.

⁷⁶⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 911. “Ahora bien, la simple tolerancia pasiva no debe equipararse en todos los supuestos a la autorización, por lo cual el delito podría cometerse igualmente cuando la ocupación se produce “sin” la referida autorización, como en el supuesto, por ejemplo, de que el propietario o titular desconozca dicha ocupación”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 22.

referencia al inmueble, de un lado, y la falta de autorización de otro, sin exigir si quiera que el espacio se halle acotado”⁷⁶⁹.

No debería plantear a MANZANARES SAMANIEGO ninguna duda los espacios en los que sólo existen avisos de prohibición, pues, él mismo reconoce en relación a los signos externos que prohíben la “entrada” sin autorización que “quien prohíbe lo menos (la entrada), prohíbe también lo más (la ocupación)”⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 912; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 22; GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*... *Op. cit.*, Pág., 398. BARBER BURUSCO siguiendo a ZUGALDÍA ESPINAR no considera aceptable la argumentación de MANZANARES SAMANIEGO al afirmar: “Comparto la opinión de Zugaldía Espinar cuando analiza la ausencia de la debida autorización en el delito previsto en el artículo 516 bis del CP derogado, en cuanto sostiene que ese tipo de razonamiento afecta a la presunción de inocencia (art. 24 CE). Sostiene este autor, que “no es que en los delitos contra la propiedad deba partirse de la presunción contraria (quien utiliza un vehículo ajeno cuenta con autorización de su propietario), sino que debe partirse de la presunción de inocencia y ello significa, en primer lugar, la imposibilidad de presumir la existencia de un elemento del tipo objetivo de cualquier infracción y, en segundo término, que la presencia de un elemento del tipo objetivo de una infracción sólo puede afirmarse cuando sobre el mismo se ha hecho una actividad probatoria por parte de los acusadores de la que pueda deducirse justamente su concurrencia”. Entiendo que la falta de prueba acerca de la falta de autorización del titular impedirá subsumir el hecho en esta modalidad”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 19. En contra del criterio de BARBER BURUSCO parece mostrarse FERNÁNDEZ APARICIO al decir: “El ocupante debe ser consciente de la voluntad contraria del titular que debe presumirse. Nadie entra en inmueble ajeno, salvo que cuente como mínimo con la aquiescencia del titular”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*... *Op. cit.*, Pág., 1318. *Vid.*, Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224): “Acreditada la subrepticia entrada en la vivienda por parte de Desiderio, a éste le corresponde acreditar la existencia de autorización por parte del propietario de la misma para su uso permanente y continuado. Ninguna prueba de descargo presenta el acusado, incluso no comparece en el acto del Juicio Oral pese a estar citado en tiempo y forma para ello, acusado que si bien es cierto que no viene obligado a acreditar mediante una prueba diabólica de hechos negativos su inocencia, que en todo caso se presume, al amparo de lo previsto en el artículo 24.2 del Texto Constitucional, no es menos cierto que deberá soportar las consecuencias negativas derivadas de su inactividad probatoria o de la falsedad de sus coartadas cuando, como ocurre en el presente caso, suficiente prueba existe en su contra”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 10-7-1998, nº 772/1998, rec. 788/1998, Pte: San Millán Martín, José Antonio (EDJ 1998/25491): “El recurso de apelación promovido, no puede alcanzar favorable acogida, por cuanto que no cabe apreciar al caso de autos, error valorativo alguno por el juzgador de instancia. En orden al delito de usurpación ha sido éste suficientemente acreditado, desde el momento, en que *el acusado*, que no compareció al acto del juicio, pese a su citación en forma, reconoce su presencia y estancia en la referida vivienda, *sin ofrecer, sin embargo, prueba o indicio alguno del consentimiento* a que aludió en su declaración ante el Instructor, constando en autos, en contra, la frontal negativa del denunciante respecto de dicho consentimiento, que con anterioridad, la vivienda había sido arrendada al padre del acusado (nunca al mismo), culminando la relación por desahucio, luego difícilmente, puede sostenerse un consentimiento de ocupación de la vivienda, en nada acreditado (*a él en su caso, correspondería la acreditación*) ni siquiera tácito, cuando tan pronto advierte la presencia del mismo en la vivienda, formula la correspondiente denuncia”.

⁷⁷⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 910.

f) Orden de desalojo: requisito innecesario

GARCÍA PÉREZ concluye que no es preciso para verificar el delito *ex* artículo 245.2 del Código Penal la existencia de una orden de desalojo por parte del dueño, pues, para ocupar lícitamente un inmueble hay que contar con la “autorización debida”, exhibición positiva de la voluntad del propietario según el tenor del precepto, con lo que será ya delito consumado el ocupar un inmueble sin esperar a tal autorización o simplemente pensando que se habrá otorgado o que se otorgará después, o esperando simplemente a marcharse cuando se oponga el dueño una vez que se entere (puesto que el mantenerse en contra de la voluntad de su dueño, que también prevé el tipo, se refiere a supuestos en que inicialmente se autorizó la entrada u ocupación y después se deniega)⁷⁷¹.

La Jurisprudencia *menor* se muestra vacilante, pues, si bien en ocasiones ha exigido como elemento objetivo del tipo, que no consta literalmente expresado en la norma legal, un “requerimiento formal previo de abandono por parte del titular del bien

⁷⁷¹ Vid., GARCÍA PÉREZ, J.J.: << Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Págs., 4-5; Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599). Frente a esta postura no faltan sentencias que han de calificarse cuanto menos de sorprendentes, como la del Juzgado de lo Penal de Madrid, que sustenta la absolución en el desconocimiento del autor de la falta de autorización debida para ocupar el edificio, revocada por la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 25-5-1998, nº 254/1998, rec. 267/1998, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 1998/17312): “En efecto, como se desprende de las actuaciones, el acusado conoció, desde un primer momento, o en días inmediatos posteriores a ocupar con su familia la vivienda o edificio referido, que la misma pertenecía al IVIMA e iba a ser demolido en fechas próximas. Así se desprende de la alteración del orden público acaecida a raíz de la ocupación, calificable de masiva, por varios individuos de la misma etnia, con sus familias, en los días inmediatos, lo que motivó la denuncia que dio origen al procedimiento penal interpuesta por asociaciones vecinales del barrio de Madrid donde están ubicados los edificios (folio 3 y siguientes), de lo que se hicieron eco los medios de comunicación escrita (folios 94 a 101). Ya en tal denuncia se manifiesta que penetraron en las casas derribando unas tapias, lo que se ha corroborado después por la prueba testifical practicada. Los empleados de la citada empresa, encargada de la vigilancia por el IVIMA, comunicaron a los ocupantes (a muchos de ellos sin especificar personalmente) que los edificios eran propiedad del citado organismo público y que debían desalojarlos (folios 165 a 168 y acta del juicio). La policía se personó también en el lugar comunicando a los ocupantes que debían desalojar los edificios (folio 25), identificando entre ellos al acusado y a su familia, facilitando al Juzgado sus datos de filiación -de donde se deduce que tal identificación se realizó personalmente con el acusado- (folio 18). El acusado declaró un mes después en la comisaría de policía de Usera (folio 39) y en el mes de noviembre en el Juzgado (folio 178). Entre los ocupantes de otras viviendas figuran familiares del acusado, entre ellos su hermano Nicanor (folio 18). De lo expuesto es imposible dudar, como hace la Juzgadora de instancia, que el acusado no tuviera conocimiento de la falta de autorización del titular del edificio ocupado o que creyera que éste estaba abandonado. Si pudo creer esto al principio, lo que también es difícil, es evidente que en días inmediatos si conocía que la ocupación era ilegal y que tales inmuebles pertenecían al IVIMA e iban a ser demolidos”.

dominical”, o al menos un “requerimiento de abandono” con independencia de la forma en que se haga; en otras, a nuestro entender acertadamente, ha calificado dicho requerimiento formal u orden de desalojo como de “irrelevante” ya que no es esa una exigencia del tipo⁷⁷².

⁷⁷² Un sector jurisprudencial consideran necesario un requerimiento previo de abandono. *Vid.*, Audiencia Provincial de Zaragoza, S 16-6-2000, nº 207/2000, rec. 280/1999, Pte: López Millán, Antonio Eloy (EDJ 2000/26746); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 12-7-2000, nº 254/2000, rec. 8/2000, Pte: López Millán, Antonio Eloy (EDJ 2000/47913): “En efecto, de lo actuado se constata, que faltan los requisitos de permanencia en la habitabilidad antijurídica de finca ajena, y *requerimiento formal previo de abandono por parte del titular del bien dominical*, elementos objetivos del tipo que si bien no constan literalmente expresados en la norma legal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la reciente L.O. 10/95 han sido puestos de manifiesto reiteradamente por la jurisprudencia sobre la materia”. Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 21-5-2001, nº 51/2001, rec. 7/2001, Pte: Elizburu Aguirre, Iñigo (EDJ 2001/39706): “Una vez examinada la prueba practicada, esta Sala entiende que no concurren todos los elementos necesarios para la condena por la comisión del delito ya reseñado. Así hay que señalar, en primer lugar, que de la prueba practicada resulta que... *no consta acreditado requerimiento previo alguno de la misma a los acusados para que abandonasen el edificio*”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 6-9-2001, nº 458/2001, rec. 4362/2001, Pte: Carmona Ruano, Miguel (EDJ 2001/54826); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2003/133177); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro (EDJ 2003/149138); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, S 30-10-2008, nº 529/2008, rec. 2112/2008, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2008/281466); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 4-2-2010, nº 125/2010, rec. 5/2010, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2010/46395); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquiva Bartolomé, Mª Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 11-6-2014, nº 355/2014, rec. 6903/2013, Pte: Echavarri García, Mª Auxiliadora (EDJ 2014/137318): “*Sería necesaria la permanencia en la habitabilidad jurídica de la finca y un requerimiento para que cese*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 5-6-2002, nº 324/2002, rec. 103/2002, Pte: Mendoza Muñoz, Julio (EDJ 2002/48608): “Se pueden estimar conductas delictivas, a partir de la entrada en vigor del nuevo Código, los comportamientos de los llamados “okupas” que, sin incurrir en el allanamiento de morada en sentido amplio, se asientan en inmuebles de modo estable y *no abandonan su sede a pesar del requerimiento del dueño del mismo*”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 21-11-2002, rec. 567/2002, Pte: Morales García, Oscar (EDJ 2002/76226): “*Si no se comunica la voluntad contraria, aun cuando fuere por otras vías, no cabe hablar de ocupación contra la voluntad del titular*, porque dicha voluntad no se ha manifestado en los únicos términos que el artículo 245.2 puede requerirlos, de acuerdo con las disposiciones del Código civil sobre el particular”. Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273): “Constituyendo la conducta de las acusadas, ahora recurrentes en apelación, el ilícito penal de usurpación previsto en el artículo 245.2 del Código Penal al concurrir los requisitos exigidos en el mismo... la realización de los *requerimientos para que abandonen el inmueble* y la interposición de la denuncia el propietario está ejercitando su derecho posesorio derivado del derecho de propiedad”. Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346): “Conforme al art. 245.2 del Código Penal “el que ocupare sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituya morada, o se mantuviera en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. Con este tipo penal, sin antecedentes, salvo el Código de 1928, se puede estimar conductas delictivas, a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, los comportamientos de los llamados “okupas” que, sin incurrir en allanamiento de morada en sentido amplio, se asientan en inmuebles vacíos o viviendas desocupadas de modo estable y *no abandonan su sede a pesar del requerimiento del dueño del mismo*”. En párrafos sucesivos esta sentencia parece mantener una posición contraria, al decir: “De otra parte la norma legal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 10/1995 no exige expresamente ningún tipo de requerimiento formal previo de abandono”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 3ª, S 26-11-2004, nº 329/2004, rec. 201/2004, Pte: Gil Marqués, Mª Ángeles (EDJ 2004/249493): “El precepto penal (artículo 245.2 del

Código Penal) castiga al que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, por lo que *lo esencial no es la forma en que el Ayuntamiento comunicó a los acusados que debían abandonar la vivienda, sino el dato de que lo hizo*, y por tanto, que puede afirmarse que los acusados tenían conciencia de que la vivienda que habían ocupado tenía un dueño, quien era (el Ayuntamiento de Castellón) y que no tenían consentimiento del Ayuntamiento para ocupar la vivienda”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 31-3-2009, nº 175/2009, rec. 79/2009, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2009/97309): “No es necesario que ese requerimiento para el desalojo se haga notarialmente, como parece entender la recurrente, para que se considere acreditado que sí se llevó a cabo... manifestó que habían requerido desde la calle a los ocupantes en varias ocasiones para que abandonaran el edificio ya que no les dejaban entrar y que dichos ocupantes hacían caso omiso”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 28-10-2011, nº 638/2011, rec. 341/2011, Pte: Hidalgo Abia, Miguel (EDJ 2011/321036): “Conducta, relevante penalmente, que no se ve desvirtuada por la alegación exculpatoria de los acusados-apelantes de que tal ocupación la han efectuado por no disponer de otra vivienda y porque la Administración no les concede otra vivienda, pues una cosa es su pretensión de que se les conceda una vivienda pública y otra muy distinta de que, de propia mano, ocupen viviendas ajenas sin autorización y se mantengan en ella, *pese al requerimiento de sus titulares*”. Otro sector jurisprudencial considera innecesario el previo requerimiento u orden de abandono para esta primera modalidad alternativa de ocupación. *Vid.*, Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 17-1-2012, nº 42/2012, rec. 273/2011, Pte: Sanz Iruretagoyena, Juan Manuel (EDJ 2012/99178): “*El hecho de que hubieran recibido o no una orden de desalojo ninguna relevancia tiene ya que no es esa ninguna exigencia del tipo*, conociendo los recurrentes que la vivienda no era de su propiedad”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 1ª, S 28-12-1999, nº 141/1999, rec. 149/1999, Pte: Moreno Millán, Carlos (EDJ 1999/55857): “Es por ello que debemos rechazar y desestimar la pretensión de la recurrente cuando afirma que la titular del inmueble en ningún momento manifestó a su ocupante su voluntad contraria a dicha ocupación. *Y ello porque para la viabilidad de esa primera modalidad delictiva no es necesario ese previo requerimiento o esa voluntad de la titular claramente manifestada contraria a la permanencia en el inmueble*. A ello sólo habría lugar cuando resultara aplicable la segunda modalidad que prevé el tipo penal, que presupone un primer e inicial acceso autorizado y por tanto lícito, que se torna después en delictivo en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria a dicha permanencia expresada claramente por el dueño del inmueble. Pero es que no obstante ello, es lo cierto, conforme consta acreditado en este Proceso, que la dueña del inmueble de referencia a través de las distintas denuncias que ha formulado, está expresando y manifestando una clara voluntad contraria a la citada permanencia, uso y disfrute que realiza la acusada”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 3-12-2001, rec. 521/2001, Pte: Málaga Diéguez, Francisco (EDJ 2001/72219): “Esta Sala no desconoce el debate que en la jurisprudencia menor y la doctrina ha suscitado el precepto que se examina, ni tampoco la existencia de un importante sector según el cual, para que el tipo se complete, sería exigible que la conducta punible se ejecute contra la explícita voluntad del propietario del inmueble (véanse por todas las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de junio de 2000, y la del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 6 de marzo de 2000). Lo cierto es, sin embargo, que el artículo 245.2 no ha sido declarado inconstitucional, por lo que este Tribunal se ve obligado a aplicarlo tal y como está redactado, y en él se señala que incurre en el tipo “el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular...”, de lo que se desprende que el tipo presenta dos modalidades delictivas: Una primera que se completa con la mera y simple ocupación del inmueble sin autorización de su propietario, y una segunda que presupone un primer e inicial acceso autorizado y por lo tanto lícito, que se torna después en delictivo en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria a dicha permanencia expresada claramente por el dueño del inmueble (SAP Murcia, Sección 1, 28 diciembre 1999). Pues bien, *es exclusivamente en esta segunda modalidad donde resulta exigible un requerimiento formal de abandono por parte del propietario, pero no ocurre lo mismo en la primera*, que es la que concurre en el caso de autos, donde nos encontramos con que la vivienda ocupada es de uso estacional o vacacional y se encontraba cerrada con llave, careciendo el acusado de autorización para acceder a su interior. Debe añadirse a mayor abundamiento que, incluso aunque no se aceptase la distinción apuntada, el titular de la vivienda es un ciudadano extranjero que se encontraba ausente durante la consumación del delito, por lo que no podía razonablemente conocer la ocupación. En estas circunstancias, exigir *un requerimiento formal de abandono supondría vaciar de contenido el artículo 245 del Código Penal, pues supondría destipificar la conducta con base en la simple ausencia del propietario, lo que no resulta de recibo* (cfr. SAP Granada, Sección 1, 29 mayo 2000). Por consiguiente, la tesis de la defensa no puede convencer, lo que a su vez conduce a la desestimación del motivo”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 13-11-2003, nº 606/2003, rec. 5803/2003, Pte: Holgado Merino, José Manuel (EDJ 2003/171161); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 17-9-2004, nº

512/2004, rec. 3483/2004, Pte: Holgado Merino, José Manuel (EDJ 2004/170103): “El artículo 245.2 del CP. viene redactado en los siguientes términos “el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular...”, de lo que se desprende que el tipo presenta dos modalidades delictivas: Una primera, que es la que ahora se contempla, requiere una simple ocupación del inmueble sin autorización de su propietario, y una segunda que presupone un primer e inicial acceso autorizado y por lo tanto lícito, que se torna después en delictivo en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria a dicha permanencia expresada claramente por el dueño del inmueble. Pues bien, *es exclusivamente en esta segunda modalidad donde resulta exigible un requerimiento formal de abandono por parte del propietario, pero no ocurre lo mismo en la primera*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 29-10-2002, nº 387/2002, rec. 328/2002, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2002/101204): “Comienza el recurso alegando la infracción del artículo 245.2 del Código Penal, por el que viene condenada Estela, al faltar los elementos del tipo por cuanto no habría recibido requerimiento alguno de persona competente indicando expresamente la voluntad por parte del titular de la vivienda de desalojo del inmueble. El tipo penal del apartado segundo del artículo 245.2 del Código Penal recoge una doble conducta delictiva de modo alternativo: el ocupar sin autorización debida o el mantenerse contra la voluntad del titular. *En el segundo caso es necesario que el titular manifieste su oposición no así en el primero en el que la falta de autorización determina la tipicidad de la conducta, de forma similar al delito de hurto al requerir la falta de voluntad del dueño y no la oposición del dueño*”. Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 31-3-2003, nº 190/2003, rec. 53/2003, Pte: Penín Alegre, Clara (EDJ 2003/34255): “De ahí que el hecho de encontrarse en ruinas y la ausencia de un requerimiento formal más allá del realizado a lo largo de las actuaciones resulten indiferentes”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 27-10-2003, nº 441/2003, rec. 301/2003, Pte: Oliván Lacasta, Pilar (EDJ 2003/237708): “*No era exigible la existencia de requerimiento alguno por parte del propietario*. Basta con que se ocupara la vivienda sin la autorización debida, y a sabiendas o con conocimiento de la ajenidad, lo que queda plenamente acreditado, pues en caso de que hubiera obtenido la oportuna autorización, bajo ningún concepto hubiera penetrado por una ventana, sino por la puerta y previa entrega de las llaves por el propietario o poseedor anterior”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 24-9-2004, nº 394/2004, rec. 296/2004, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis (EDJ 2004/145412): “No es relevante el modo específico en que pudiera haberse llevado a cabo *el requerimiento de desalojo porque ni se trata este de un requisito del delito ni es esencial que lo hubiera llevado a cabo determinada autoridad*”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 6-10-2004, nº 344/2004, rec. 183/2004, Pte: López Millán, Antonio Eloy (EDJ 2004/172877); Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 7-7-2005, nº 374/2005, rec. 121/2005, Pte: Ramos Almenara, Pedro (EDJ 2005/308442); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 20-6-2007, nº 157/2007, rec. 97/2005, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J. (EDJ 2007/202111); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 31-10-2008, nº 630/2008, rec. 252/2008, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2008/379768): “La norma legal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 10/1995 *no exige expresamente ningún tipo de requerimiento formal previo de abandono*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 8-7-2005, nº 342/2005, rec. 233/2005, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2005/185674): “*Sin que sea exigible la existencia de requerimiento alguno por parte del propietario o la mayor o menor habitabilidad de la vivienda en cuestión*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 12-4-2007, nº 390/2007, rec. 15/2007, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2007/122728): “Por otra parte, en nada afecta a la tipicidad de la conducta de los acusados el hecho de que el requerimiento que les efectuó el IVIMA para que abandonaran la vivienda se produjera con posterioridad a la presentación de la denuncia e incluso a que los denunciados declararan en el Juzgado como imputados, ya que el delito previsto en el art. 245.2 del C. Penal tipifica como delictiva tanto la conducta de quien ocupa sin autorización debida un inmueble como la del que se mantiene en él contra la voluntad de su titular; ello quiere decir que los acusados al acceder a la vivienda sin autorización de su titular ya cometieron la conducta típica puesto que en ningún caso podían entender que estaban actuando lícitamente al entrar a vivir en una vivienda que no era suya; pero aun cuando no se entendiera así, lo que sí es evidente es que habrían cometido el delito por el que han sido condenados al permanecer en la referida vivienda sin atender al requerimiento de desalojo que les efectuó el IVIMA puesto que a partir de dicho requerimiento se mantuvieron en la vivienda contra la voluntad de su titular”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810): “Sería necesaria la permanencia en la habitabilidad jurídica de la finca y un requerimiento para que cese”. Pese a ello, continúa diciendo la referida sentencia: “Conoció pues, la intención de la propiedad y se mantuvo en el inmueble, *no siendo tal como manifiesta la recurrente, necesario un requerimiento formal para que desaloje la finca*, pues la tramitación de diligencias judiciales, incoadas en virtud de denuncia interpuesta por la propiedad, es en sí

suficiente como medio para dar a conocer a los ocupantes que están manteniéndose en una finca la falta de autorización por la propiedad, así como la carencia de derecho legitimador de su acción”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2009, nº 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2009/142926): “Aun cuando se alega, también, la falta de requerimiento previo de abandono, *la norma penal no lo exige expresamente como requisito del tipo*, por lo que ha de ser desestimado igualmente éste motivo de oposición”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 14-7-2009, nº 461/2009, rec. 236/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/175335): “*Es indiferente, para el cumplimiento del tipo penal, que la acusada hubiera sido requerida o no para abandonar la vivienda*. El delito se comete tan pronto se ocupa la vivienda sin consentimiento de su morador y si la vivienda no es de la recurrente y la ocupa, es obvio que no ha obtenido consentimiento de su morador”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 27-4-2010, nº 75/2010, rec. 78/2010, Pte: Castaño Penalva, Álvaro (EDJ 2010/119259): “Por último, *deben igualmente rechazarse las pueriles alegaciones de* que ellos no forzaron los accesos y de que fue casi una casualidad su estancia allí, no mereciendo la más mínima credibilidad, *como también la invocada exigencia de un requerimiento fehaciente para su desalojo* porque la usurpación sancionada no sólo es una conducta antijurídica, sino especialmente grave al hallarse tipificada y sancionada en el Código penal”. Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 25-11-2010, nº 888/2010, rec. 554/2010, Pte: Goenaga Olaizola, Reyes (EDJ 2010/361749): “También compartimos con la sentencia de instancia que no puede sostenerse que el propietario tolerase o autorizase la ocupación que se ha desarrollado durante estos meses, puesto que según explicó, cuando tuvo noticia de que había personas ocupando ilegalmente la vivienda, decidió comprobarlo personalmente hasta tener seguridad sobre ello, acudiendo posteriormente a presentar la denuncia que dio inicio a las presentes diligencias. Esta actuación por su parte pone de manifiesto su voluntad contraria a la ocupación que se estaba produciendo, *sin que consideremos necesario que el propietario haya efectuado un requerimiento formal para que abandonaran la vivienda*. Lo que exige el tipo penal del art. 245,2 CP es que el autor “ocupare sin autorización debida, un inmueble” y de las manifestaciones de los recurrentes, tanto en el juicio oral como en la fase de instrucción, se desprende con absoluta claridad que ocupaban el inmueble sin autorización de su propietario”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-1-2011, nº 45/2011, rec. 6/2011, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2011/29569); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 6-6-2011, nº 495/2011, rec. 96/2011, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2011/164084); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2012/119783); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 17-9-2012, nº 123/2012, rec. 99/2012, Pte: Morales Ortega, Rafael (EDJ 2012/275839); Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 18-9-2012, nº 222/2012, rec. 290/2012, Pte: Soria Fernández-Mayoralas, Matías Manuel (EDJ 2012/211057): “El delito de usurpación de bien inmueble ha sido “introducido por el legislador para poner fin a la ocupación indebida de inmuebles, vivienda o edificios ajenos que no constituyen morada, así como el mantenimiento de tal ocupación cuando consta la oposición o voluntad en contra de su titular” estimando que la mera ocupación con vocación de permanencia es delito y que incluso *la negativa del usurpador a abandonar la vivienda después de un requerimiento explícito o, aun sin requerimiento, después de conocer la existencia del procedimiento penal, constituye delito de usurpación* dado que el tipo penal no sólo castiga la ocupación, sino la permanencia en el inmueble en contra de la voluntad del titular”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2012/224596): “El tipo delictivo no exige un requerimiento formal de abandono... *No se exige un requerimiento formal de abandono*, como pretende la parte apelante”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-3-2014, nº 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/38136): “Sin que fuera necesaria la existencia de requerimiento alguno para el abandono de la nave, pues *el tipo delictivo no exige un requerimiento formal de abandono*”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 13-9-2013, nº 323/2013, rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/181527): “Si, ciertamente, no consta en autos que los acusados fueran requeridos formalmente para que abandonaran la vivienda, no es menos cierto que el tipo penal descrito en el artículo 245.2 del Código punitivo *no se exige un requerimiento formal de abandono*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 27-9-2012, nº 377/2012, rec. 388/2011, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2012/237987): “*El tipo penal no requiere de la denuncia previa del titular de la vivienda*. Basta con que la entrada en la misma se haga sin su consentimiento. Se trata de una cuestión a determinar en fase probatoria, que de ordinario resultará del hecho mismo de la denuncia del titular del inmueble, pero que es compatible con otros medios probatorios”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 26-10-2012, nº 442/2012, rec. 295/2012, Pte: Álvaro López, Mª Cruz (EDJ 2012/288923): “*Ni requiere para su persecución de denuncia* ni de ejercicio de la acción penal por los perjudicados, siendo una infracción perseguible de oficio”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 16-9-2013, nº 466/2013, rec. 28/2013, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José (EDJ 2013/217899): “*Tampoco consideramos relevante la falta de un previo requerimiento de*

Alguna resolución judicial con evidente interpretación derogatoria del precepto inventa el necesario requisito de previo requerimiento extrajudicial⁷⁷³.

Aunque el requerimiento de desalojo no es un elemento del tipo hemos de concluir que al menos a efectos de prueba sirve para poner de manifiesto de forma clara y precisa la situación jurídica del inmueble; extremo que según RUIZ BLAY también puede acreditarse “con la interposición de la correspondiente denuncia policial”⁷⁷⁴.

desalojo, que pudiera ser relevante únicamente en aquellos casos en que pudiera apreciarse una falta de conocimiento por parte del agente de la ilegalidad de la posesión”. Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, S 7-10-2013, nº 381/2013, rec. 485/2013, Pte: Sagüillo Tejerina, Ernesto (EDJ 2013/223713): “Lo que sí se discute es si existió o no requerimiento por parte del propietario; en primer lugar, debe señalarse que tal *requerimiento no es un elemento del tipo penal* por lo que no tiene por qué resultar decisiva su existencia o no”.

⁷⁷³ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 6-10-2014, nº 960/2014, rec. 210/2014, Pte: Cámara Martínez, Isabel (EDJ 2014/218573): “De otro lado *no ha quedado constancia de que con anterioridad a la orden judicial de desalojo se le hubiere requerido por parte de la propiedad al abandono de la vivienda*, debiendo destacarse como se razona en la sentencia que la propia denunciante reconoce que no llegaron a tener ningún contacto personal con la acusada sin que tampoco haya constancia de que Enriqueta no abandonase voluntariamente la vivienda en el mismo momento en el que fue requerida judicialmente para ello, por lo que podemos concluir que no consta acreditado que la misma tuviera voluntad de permanecer en ella de forma indefinida. No puede resultar indiferente al Derecho Penal, como consecuencia de su propia naturaleza, la existencia de otros procedimientos alternativos (interdictos posesorios) previstos en el Derecho Civil para tutelar la posesión: porque teniendo en cuenta lo principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen en el Derecho Penal y su carácter de “ultima ratio”, existiendo una concurrencia de normas penales y extrapenales de carácter tuitivo y a fin de no dejar sin contenido las segundas, es necesario delimitar el ámbito de protección de unas y otras de forma que sólo los más graves ataques a la posesión, aquéllos en los que la perturbación tenga mayor significación, deberán ser objeto de sanción penal. En suma, estimamos que la conducta desarrolla por Enriqueta no es incardinable en el tipo penal previsto y penado en el art. 245.2 del Código Penal”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 9-10-2014, nº 421/2014, rec. 859/2014, Pte: Martínez García, Ángel Santiago (EDJ 2014/211825): “*No consta que hubiera algún requerimiento previo de carácter extrajudicial dirigido a los ocupantes de la vivienda de que se marcharan del lugar y de que, por tanto, estaban allí ocupando la vivienda contra la voluntad de su titular*, tratándose de un piso que se lo adjudicó la entidad financiera denunciante en el año 2009 mediante una dación en pago, y los ocupantes de la vivienda han explicado que la vivienda estuvo abandonada durante varios años, tiempo en el que estuvo ocupada por varias personas no identificadas, por lo que los recurrentes no tuvieron que forzar ni romper nada para acceder a la vivienda, al estar abierta, no reclamando cantidad alguna por daños el propietario de la vivienda, que ya ha logrado el único objetivo que perseguía, que era lograr el desalojo de la vivienda. Cuando fueron requeridos para el desalojo, así lo hicieron, estimando que, como ya hemos indicado, no se reúnen en este caso todos los requisitos para que nos encontremos ante un delito de usurpación del art. 245.2 del Código Penal”.

⁷⁷⁴ “Además de la propiedad, ha de quedar acreditada la falta de consentimiento a la ocupación, la voluntad expresa contraria a la misma mediante requerimiento en el que quede constancia de su recepción y, en consecuencia, del conocimiento por los ocupantes. En este sentido, la jurisprudencia de distintas Audiencias Provinciales afirma que es exigible un previo requerimiento formal de abandono, ya que el tipo penal exige que, una vez la usurpación sea conocida por el legítimo propietario no poseedor, éste manifieste su oposición al usurpador, *aunque también puede acreditarse dicho ánimo con la interposición de la correspondiente denuncia policial*”. RUIZ BLAY, G.: << La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado >> en *Diario La Ley*, Nº 8429, Sección Dossier, 26 de noviembre de 2014, Año XXXV. Ed. La Ley. Pág., 10. “Sin autorización de los dueños (lo

D) Contra la voluntad del titular (mantenerse)

El que se exija la oposición a la voluntad del titular en la modalidad de mantenerse es lógico, pues primero se tiene que haber entrado con su consentimiento, pues si no ya se habría ocupado ilegalmente el inmueble. La modalidad de mantenerse es alternativa a la de ocupación, de lo cual también se deduce que no quepa el concurso de delitos entre ambas conductas.

a) Diferencia entre actuar sin permiso o contra la voluntad

No es lo mismo actuar sin permiso que hacerlo contra la voluntad del titular. Lo primero es un elemento negativo del tipo, de manera que si existe el permiso la conducta es atípica. Lo segundo es una característica positiva, que se tiene que dar para que la conducta sea punible y además tiene que ser conocido por el sujeto activo.

que en la práctica se evidencia por la interposición de denuncia o por el intento de comunicación de requerimientos formales por parte de los titulares del inmueble”. GALLEGO SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Págs., 544-545. *Vid.*, Audiencia Provincial de Palencia, sec. 1ª, S 29-6-2009, nº 64/2009, rec. 60/2009, Pte: Ráfols Pérez, Ignacio Javier (EDJ 2009/139810): “Lo que ocurre es que en el presente caso, el Juez de instancia, a la vista de la prueba practicada, ha entendido que cabía apreciar la existencia de un error de tipo pues el acusado se encontraba en la creencia de que gozaba de esa autorización, creencia errónea, ciertamente, pero suficiente excluir la tipicidad de la conducta. Y esta Sala comparte esta conclusión pues si bien es verdad que el acusado no ha aportado una concreta corroboración a su manifestación de que una persona que se identificó como copropietario del inmueble le había autorizado su mera ocupación también lo es que existen indicios de la posibilidad de concurrencia de tal circunstancia dado que, a partir de las declaraciones de los agentes de Policía, fácil es afirmar la creencia de que dicho inmueble pertenecía a una copropiedad de varias personas además de la Junta de Castilla y León. Así se desprende del oficio de la Policía Local de Palencia que obra al folio 9 de los autos. Este estado de cosas hace que sea, al menos, dudosa la situación jurídica de la ocupación realizada por el acusado y creíble su manifestación. Por ello, debe respetarse el pronunciamiento del Juzgador de instancia máxime cuando no se utilizó para clarificar esa situación, pese a solicitarlo el Ministerio Fiscal en escrito de 23 de mayo de 2008, *el oportuno requerimiento de desalojo que, para el acusado, hubiera puesto de manifiesto de forma clara y precisa la situación jurídica del inmueble*”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810): “Conoció pues, la intención de la propiedad y se mantuvo en el inmueble, *no siendo tal como manifiesta la recurrente, necesario un requerimiento formal para que desaloje la finca, pues la tramitación de diligencias judiciales, incoadas en virtud de denuncia interpuesta por la propiedad, es en sí suficiente como medio para dar a conocer a los ocupantes que están manteniéndose en una finca la falta de autorización por la propiedad*, así como la carencia de derecho legitimador de su acción”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2010/96709): “Se ha acreditado que existe voluntad contraria a tolerar la ocupación y de ahí que pusieran la denuncia correspondiente”.

Esta diferencia también tiene su importancia en términos procesales, porque la carga de la prueba es diferente en uno y otro caso: mientras que hay que demostrar fehacientemente la voluntad contraria, en cambio, la falta de autorización se presume mientras el sujeto activo no pruebe lo contrario⁷⁷⁵.

⁷⁷⁵ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 209. "No se aprecia la concurrencia de falta de consentimiento o voluntad del titular contraria a la ocupación cuando la propietaria actúa de forma "indolente"... cuando no se manifiesta la voluntad en contra... cuando una persona reside en el inmueble con tolerancia de los anteriores propietarios del mismo... cuando existe consentimiento tácito, tanto de los anteriores titulares como de los que lo eran en el momento de la denuncia, porque sabían que la finca estaba siendo poseída por los acusados durante años, sin que hubieran reclamado en ningún momento su desalojo". RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M^a.P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*... *Op. cit.*, Pág., 160; RUIZ BLAY, G.: << La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado >>... *Op. cit.*, Pág., 10. "Media otro elemento negativo del tipo en la expresión "sin la autorización debida" para la ocupación, de tal modo que existiendo autorización se excluye la antijuridicidad, pudiendo ser la autorización verbal o escrita". GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*... *Op. cit.*, Pág., 398. Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1^a, S 2-5-2011, n° 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224): "Acreditada la subrepticia entrada en la vivienda por parte de Desiderio, a éste le corresponde acreditar la existencia de autorización por parte del propietario de la misma para su uso permanente y continuado. Ninguna prueba de descargo presenta el acusado, incluso no comparece en el acto del Juicio Oral pese a estar citado en tiempo y forma para ello, acusado que si bien es cierto que no viene obligado a acreditar mediante una prueba diabólica de hechos negativos su inocencia, que en todo caso se presume, al amparo de lo previsto en el artículo 24.2 del Texto Constitucional, no es menos cierto que deberá soportar las consecuencias negativas derivadas de su inactividad probatoria o de la falsedad de sus coartadas cuando, como ocurre en el presente caso, suficiente prueba existe en su contra. En palabras de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30 de diciembre de 1.999: "cabe recordar también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al derecho a la presunción de inocencia (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1.997), que señala cómo tal derecho no es un derecho activo, sino de carácter reaccional; es decir, no precisado de comportamiento activo por parte del titular del mismo. No precisa éste solicitar o practicar prueba alguna para acreditar su inocencia si quiere evitar la condena, pues la carga de la prueba de su culpabilidad está atribuida al que la afirme existente, que es el que tiene que acreditar la existencia no sólo del hecho punible, sino la intervención que en él tuvo el acusado (entre varias, sentencias del Tribunal Constitucional 141/86, 150/89, 134/91 y 76/94). En tal sentido, como recientemente recuerda la sentencia del Tribunal Supremo 721/94, no difiere esencialmente de lo que es general a la teoría general del proceso conforme a los artículos 1.251 y 1.214 del CC. Consecuentemente con ello, continúa exponiendo, que lo que dispensa o "libera" de carga probatoria es la simple y mera negación de la intervención en el hecho; pero acreditada la misma se produce una nivelación procesal de las partes, y así, la parte acusada, si introduce en la causa un hecho impositivo, tiene la carga de justificar probatoriamente la existencia del mismo pues la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias 31/81, 107/83, 17/84 y 303/93) ha limitado la carga de la prueba de la acusación a la de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Y entender lo contrario (que bastaría la alegación de un impositivo) privaría de sentido al derecho fundamental a producir prueba de descargo reconocido en los Tratados Internacionales y dirigido, si se priva de él, a evitar la indefensión". La Audiencia Provincial de Gerona en sentencia de 3 de septiembre de 2.004 nos dice que "debe recordarse que, como establece el Tribunal Supremo, Sala 2^a, en Auto de 6 de mayo de 2.002, "la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el "onus" de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no

Tanto la autorización como la voluntad contraria del titular ha de manifestarse al exterior de forma concluyente, pero mientras que no es necesario que ésta sea de modo expreso, puede ser también tácitamente, la autorización para ocupar sí tiene que ser expresa. La voluntad contraria es tácita cuando resulta de una conducta incompatible con la voluntad de mantenimiento. Tanto la voluntad expresa como la tácita son reales, existen de verdad. Lo que en ningún caso cabría es una voluntad contraria presunta⁷⁷⁶.

Ha de distinguirse entre la característica positiva de la voluntad contraria de la negativa de falta de consentimiento (o autorización). No han de confundirse, pues, dos dominios delictivos netamente diferentes entre sí. Los delitos que se conforman con la falta de consentimiento (o autorización), como es *v. gr.*, el hurto o la ocupación, en que basta la falta de consentimiento del dueño a la sustracción de la cosa o, la falta de autorización a la ocupación por parte de quien esté legitimado a permitirla para que el delito se dé; y aquellas otras infracciones, pertenecientes a los delitos contra la libertad,

conurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas. Una cosa es el hecho negativo, y otra distinta el impeditivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aún acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el "onus probandi" de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos (sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 15 de febrero de 1.995). En otras palabras, la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquéllos hechos que pueden favorecer sus pretensiones".

⁷⁷⁶ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 209. Sustituyendo el término morador por titular, es plenamente aplicable lo expuesto por SUÁREZ MONTES, al estudiar el delito de allanamiento de morada, para el delito de ocupación pacífica: "Tanto en la manifestación expresa como en la tácita, se trata de una voluntad real, existente, y que como tal sólo puede ser inferida de actos relacionados con la conducta del morador. En consecuencia, no llena el requisito en examen la llamada "voluntad presunta"... La distinción entre voluntad tácita y voluntad presunta es, sin duda, delicada y, a veces, en la práctica, sumamente difícil. Con todo, son conceptos distintos que es preciso no confundir. Como señala Antolisei y Battaglini, "la voluntad tácita postula una manifestación obstativa de voluntad, percibida como tal por el agente, mientras que la llamada voluntad presunta prescinde de ella". "La voluntad deberá considerarse presunta (dice con toda precisión Siniscalco) cuando, aun sabiendo que en el caso concreto no existe, se la considera, sin embargo, existente bajo la consideración de que la persona con certeza o probablemente manifestaría aquella voluntad si estuviese presente o conociese las circunstancias reales del hecho, de la persona, etc., o bien pudiera de otro modo manifestar su voluntad". La voluntad presunta, así entendida, no puede suplir el dato real de la voluntad contraria del morador, exigida por la Ley, careciendo, en consecuencia, de entidad suficiente para dar cuerpo al delito". SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... *Op. cit.*, Págs., 882-883.

que requieren la voluntad contraria del sujeto pasivo, entre los que se podría incluir la modalidad de mantenerse⁷⁷⁷.

No es admisible el consentimiento presunto, pues, en los casos en que se admite tal posibilidad, la acción debe haber sido realizada en interés del titular del bien jurídico, lo que no ocurre en la ocupación ni en el mantenimiento al no atenderse con dicho comportamiento al interés del titular del inmueble, vivienda o edificio, sino al del “sujeto activo”; lo que, en su caso, habría de resolverse conforme al estado de necesidad⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... *Op. cit.*, Págs., 879-880.

⁷⁷⁸ “La cuestión relativa a cómo debe obrar un sujeto ante una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos pertenecientes a un tercero, es contestada de forma unánime por la doctrina cuando el titular puede consentir. Tratándose de bienes jurídicos disponibles, es la voluntad del titular la que determina qué bien ha de sacrificarse y cuál ha de ser salvado, independientemente de los valores objetivos de tales bienes. Pero cuando esta misma colisión se da y no es posible obtener el consentimiento del titular, la respuesta de la doctrina no es unitaria. Ante una situación de este tipo, dos son las soluciones posibles: atender a la que aparentemente sería la voluntad del titular, o bien actuar salvando el bien jurídico que objetivamente tiene un valor superior, sacrificando el que vale menos. No obstante, no querríamos comenzar el análisis de las distintas defensas sin realizar una precisión previa. Parecería más lógico reservar el término consentimiento presunto únicamente para el supuesto en el que se defiende que el tercero debe actuar conforme a la supuesta voluntad del titular, y olvidarnos de este término cuando se sostiene la segunda opinión, es decir, la que mantiene que hay que actuar en su interés objetivo, pues se trata en este segundo supuesto... de una variante supralegal del estado de necesidad, que se caracteriza precisamente por hacer caso omiso de lo que hubiera consentido presuntamente el titular. En este sentido se expresaba Zipf quien, desde su entendimiento de que los casos en los que se actuaba en interés del titular estaban cubiertos por el estado de necesidad supralegal, afirmaba que un instituto jurídico del consentimiento presunto era superfluo”. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: *El consentimiento en Derecho Penal*... *Op. cit.*, Pág., 211. “Autores como Bacigalupo siguiendo la fórmula de Frank, estiman que la acción debe haber sido realizada en interés del titular del bien jurídico”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El consentimiento en el Derecho Penal. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*. Nº 7. *Op. cit.*, Pág., 19. “El consentimiento presunto (*mutmaßliche Einwilligung*), tal y como hoy se concibe, debe su nombre a Mezger quien citaba ejemplos que se han convertido en clásicos: el de quien irrumpe en casa de su vecino ausente para cortar el agua de una cañería que ha reventado; el de quien abre la carta de quien se encuentra de viaje para que no quede desatendido un pedido urgente; el del médico que opera a la víctima de un accidente que se encuentra en estado de inconsciencia; el de quien mata, en ausencia de su propietario, a un perro de valor que ha resultado malherido al haber sido atropellado por un tranvía, cercenándole las patas traseras; o el de quien también mata, en un coto ajeno, a un corzo herido para entregárselo a quien tiene derecho de caza en aquel terreno. En todos estos supuestos... un tercero realiza una injerencia sabiendo que no cuenta con el consentimiento eficaz del titular (característica subjetiva), existiendo una situación de urgencia que le impide esperar a obtenerlo sin que exista un elevado riesgo de lesión de uno de los bienes jurídicos del titular, o de ambos (característica objetiva). Por este motivo se afirma el carácter subsidiario del consentimiento presunto respecto del consentimiento real, pues sólo puede desplegar sus efectos cuando no sea posible obtener un consentimiento efectivo”. ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: *El consentimiento en Derecho Penal*... *Op. cit.*, Pág., 212. “La no existencia de consentimiento (real) por parte del titular del bien jurídico se debe a que éste se encuentra en una situación en la que no le es posible emitirlo o en la que no es posible recabárselo. De esta forma, la acción es ejecutada por el autor bajo la presunción de que, de haber conocido el titular la situación y haber podido prestar el consentimiento, éste hubiera consentido en su realización. De lo dicho hasta ahora se deduce que la eficacia eximente del consentimiento presunto exige, como presupuesto, que no exista realmente consentimiento eficaz del titular, concurriendo, en cambio, la probabilidad *ex ante* de que el

b) Voluntad contraria vs. Título jurídico habilitante

La voluntad contraria del titular sólo tendrá relevancia jurídico-penal cuando esté asistida por el ordenamiento jurídico.

Así ejemplifica HERRERO HERRERO: “la voluntad contraria... del arrendador, a que el arrendatario continúe en el uso del inmueble, no tendrá eficacia jurídica alguna mientras esté en vigor el contrato de arrendamiento”.

Obviamente, el que tiene un título hábil para legitimar su ocupación ya como poseedor o como titular real que acarree posesión cuenta con la autorización del propietario o titular y su conducta es impune por cuanto queda amparada por el ejercicio legítimo de un derecho que lejos de reprimirse ha de protegerse y tutelarse. Evidentemente si el ocupante cuenta con el beneplácito del titular no hay delito⁷⁷⁹.

Es, pues, frecuente en la Doctrina y Jurisprudencia *menor* que se requiera para la comisión del delito que el realizador de la conducta carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión⁷⁸⁰.

titular consentiría. Requiere, pues, el hecho amparado por el consentimiento presunto la realización, por parte del tercero que ejecuta la acción, de “un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación” y, en un segundo momento, el actuar conforme a los dictados de esa voluntad presunta del titular, aunque ésta no coincida exactamente con una voluntad racionalmente dirigida o con los intereses del titular, objetivamente considerados”. SEGURA GARCÍA, M^a. J.: *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Naturaleza y eficacia...* *Op. cit.*, Págs., 148-149. “Lo decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto es la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría. No dejará de eximir aunque luego (*ex post*) resulte que, contra todo pronóstico, el titular no aprueba la intervención. Concurriendo la suficiente probabilidad *ex ante* conocida por el autor, los delitos en que puede eximir, así como los requisitos que exige, son *servata distinta* los mismos que para el consentimiento efectivamente formulado”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 527.

⁷⁷⁹ HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Pág., 161; FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Págs., 1317-1318. “Este delito común lo puede cometer cualquier persona no propietaria del inmueble... y que no tenga derecho a su ocupación”. GALLEGU SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 544.

⁷⁸⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 960; LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles...* Pág., 3; MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*, Pág., 10; RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M^a.P.: << La usurpación de inmuebles.

Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid...* *Op. cit.*, Pág., 152; GIMBERNAT ORDEIG, E., MESTRE DELGADO, E., ET AL.: *Código Penal con concordancias y jurisprudencia...* *Op. cit.*, Pág., 575; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin...* *Op. cit.*, Pág., 5; SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 416; RUIZ BLAY, G.: << La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado >>... *Op. cit.*, Pág., 9; DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 768. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314): "El delito de usurpación de inmuebles, introducido en el nuevo Código Penal, en su modalidad no violenta del número 2 del artículo 245, para dar cobertura penal específica a la ocupación de viviendas o edificios en contra de la voluntad de sus propietarios o poseedores, requiere para su comisión los siguientes elementos... *Que el realizador de esa ocupación carezca de título jurídico alguno que legitime esa posesión, pues en el caso de que inicialmente hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque sea temporalmente o en calidad de precarista, el titular de la vivienda o edificio deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles para recuperar su posesión*". Con idénticas o similares palabras, *Vid.*, Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 19-5-2005, nº 2099/2005, rec. 2241/2004, Pte: Domeño Nieto, Yolanda (EDJ 2005/132184); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 9-9-2005, nº 64/2005, rec. 41/2005, Pte: Cabrera Garate, Rubén (EDJ 2005/196011); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2007/219115); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2007/273901); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/63133); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/142401); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar (EDJ 2009/162720); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 22-6-2009, nº 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana Mª (EDJ 2009/397904); Audiencia Provincial de Palencia, sec. 1ª, S 29-6-2009, nº 64/2009, rec. 60/2009, Pte: Ráfols Pérez, Ignacio Javier (EDJ 2009/139810); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 16-9-2009, nº 442/2009, rec. 150/2009, Pte: Morales González, Federico (EDJ 2009/336126); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2010/348972); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2011/330742); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 19-10-2011, nº 1080/2011, rec. 242/2010, Pte: Riera Ocariz, María (EDJ 2011/317552); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 22-3-2012, nº 316/2012, rec. 29/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/68246); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 1-6-2012, nº 229/2012, rec. 280/2011, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2012/143712); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2012/224596); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 30-11-2012, nº 460/2012, rec. 762/2012, Pte: Garrido Sancho, Pedro Luis (EDJ 2012/320888); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 18-2-2013, nº 151/2013, rec. 859/2012, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/59976); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 22-2-2013, nº 37/2013, rec. 358/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316614); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 25-2-2013, nº 69/2013, rec. 121/2013, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2013/135866); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 1-3-

2013, nº 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz (EDJ 2013/230856); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-3-2013, nº 131/2013, rec. 76/2013, Pte: García Sánchez, Mª Jesús (EDJ 2013/60352); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 23-4-2013, nº 203/2013, rec. 151/2013, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2013/90098); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 9-5-2013, nº 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2013/90363); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 26-6-2013, nº 250/2013, rec. 340/2013, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2013/132603); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 5-7-2013, nº 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316835); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 13-9-2013, nº 323/2013, rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/181527); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 1-10-2013, nº 296/2013, rec. 108/2013, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316925); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 15-11-2013, nº 345/2013, rec. 723/2013, Pte: Juan Sanjosé, Rafael Juan (EDJ 2013/313470); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 14-2-2014, nº 62/2014, rec. 1025/2013, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58502); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-2-2014, nº 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2014/22830); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 18-2-2014, nº 47/2014, rec. 31/2014, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2014/29724); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-3-2014, nº 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/38136); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa Mª (EDJ 2014/47368); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 10-4-2014, nº 173/2014, rec. 449/2013, Pte: Benito López, Alejandro María (EDJ 2014/81823); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 21-4-2014, nº 231/2014, rec. 1814/2013, Pte: Barrientos Monge, Luis (EDJ 2014/133649); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 5-5-2014, nº 281/2014, rec. 1355/2013, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen (EDJ 2014/133701); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-9-2014, nº 225/2014, rec. 310/2014, Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego (EDJ 2014/166484); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 9-10-2014, nº 421/2014, rec. 859/2014, Pte: Martínez García, Ángel Santiago (EDJ 2014/211825); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 12-11-2014, nº 1091/2014, rec. 414/2014, Pte: Riera Ocariz, María (EDJ 2014/255747); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 5-12-2014, nº 522/2014, rec. 1172/2014, Pte: Herrero Pérez, María del Carmen (EDJ 2014/244882); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 26-1-2015, nº 55/2015, rec. 477/2013, Pte: García Quesada, Mª Teresa (EDJ 2015/22101). Otras resoluciones judiciales se limitan a enunciar entre los elementos del delito la carencia de título jurídico legitimador de la posesión, sin necesidad de remisión a la vía civil para la recuperación de la posesión. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 26-10-2010, nº 849/2010, rec. 207/2010, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2010/328738) dice: “El delito de usurpación no violenta de inmuebles definido en el art. 245.2 del Código penal requiere para su comisión los siguientes elementos... *carencia de título jurídico legitimador de la posesión.*” Con las mismas o similares palabras, *Vid.*, Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 8-10-2008, nº 56/2008, rec. 29/2008, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración (EDJ 2008/312899); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2010/96709); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 6-3-2012, nº 245/2012, rec. 227/2011, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2012/68217); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2ª, S 16-11-2012, nº 442/2012, rec. 996/2012, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen (EDJ 2012/316252); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 14-12-2012, nº 413/2012, rec. 135/2012, Pte: Segura Sancho, Francisco (EDJ 2012/329255); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 14-2-2013, nº 32/2013, rec. 12/2013, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2013/98752); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 13-1-2014, nº 8/2014, rec. 621/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos (EDJ 2014/26747); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 1ª, S 21-5-2014, nº 318/2014, rec. 1645/2013, Pte: Lamazares López, Lucía (EDJ 2014/132202); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 13-11-2014, rec. 239/2014, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2014/252436). Siguiendo esta misma línea argumental, *Vid.*, Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 15-9-2006, nº 474/2006, rec. 103/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/337878); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 16-10-2006, nº 532/2006, rec. 156/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/345975): “*El dolo del autor*”

La existencia de título jurídico o la discusión sobre el mismo supone una remisión al orden jurisdiccional civil. Así, afirma GONZÁLEZ RUS que hay unanimidad en reenviar al ámbito civil las disputas sobre la titularidad de derechos: ocupar una vivienda pagando la renta que abonaba el anterior arrendatario, ocupar un terreno cuya propiedad se discute...⁷⁸¹.

requiere conocimiento de la falta de título y autorización para el acceso a la vivienda o para su posterior permanencia contra la voluntad del titular". Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2011/395951): *"Debe acreditarse, en consecuencia, no sólo que el ocupante carece de título jurídico alguno que legitime la ocupación sino que la persona con potestad para autorizar la ocupación se haya opuesto a la misma, no consintiéndola y mostrando su oposición a ella"*. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 2-4-2013, nº 414/2013, rec. 55/2013, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2013/76759): *"La vivienda situada en el piso NUM001 NUM002, centro fue ocupada por Luis Pedro, como el mismo admitió en el acto del juicio oral, entre dos mil seis y dos mil nueve. No consta en las actuaciones documentación alguna que acredite que éste ocupara la vivienda en virtud de título legítimo, el cual ha sido negado por D. Héctor. Tampoco se ha practicado ninguna otra prueba de la que se infiera racionalmente esta circunstancia. Por ello, no cabe duda que tal actuación integra el tipo penal contemplado en el art. 245.2 del Código Penal"*.

⁷⁸¹ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 477. "Procede la absolución en el caso de que exista una autorización inicial del propietario para ocupar la vivienda en calidad de arrendatario y haya por parte de este último un mantenimiento posterior en el uso y disfrute de la misma, impagando las rentas, tratándose de una evidente cuestión civil". GARCÍA PÉREZ, J.J.: << Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal >> en *Revista Sepin...* *Op. cit.*, Pág., 4. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-4-2002, nº 260/2002, rec. 126/2002, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2002/25849): "Pues bien, en el supuesto analizado, la ocupación del solar por los acusados se hizo sin el empleo de violencia o fuerza, y, en el caso de Juan Antonio, con el consentimiento de "Mutualidad G." hasta al menos 1.989. Es cuando "Mutualidad G." se interesa por el solar cuando comienza el conflicto entre ésta y los acusados al no llegar extrajudicialmente a un acuerdo de desalojo, acudiendo a la jurisdicción civil donde *cada una de las partes expuso las razones que le asistían para entender que tenían mejor derecho sobre el solar*, resolviendo el Juzgado 31 a favor de "Mutualidad G." al no haberse prestado el oportuno aval por Juan Antonio y no haber acreditado Tomás la condición de arrendatario alegada, procediendo en consecuencia el Juzgado al desalojo del inmueble, que atravesó por una serie de vicisitudes normales en este tipo de procedimientos, hasta su finalización el día 18.01.00 en que se produce el lanzamiento definitivo. *El hecho de que los denunciados permanecieran hasta tal fecha en uso del solar no implica que los mismos incurrieran en un delito de usurpación, pues tal ocupación era consecuencia de una falta de resolución final del incidente promovido por Tomás, por parte del Juzgado 31. Y es el propio Juzgado el que permitió la permanencia de los denunciados en el uso del solar*. Efectivamente, la diligencia que tuvo lugar el día 22.01.99 tuvo que ser suspendida ante la existencia en el solar de una serie de materiales y de vehículos cuyo desalojo en aquel momento no podía hacerse efectivo, procediendo entonces la Comisión Judicial a fijar nueva fecha para el desalojo, el día 04.02.99, efectuando el cambio de cerradura y quedando en posesión de las llaves que no fueron entregadas a la parte demandante. Es pues evidente que no se llevó a término la entrega efectiva de la posesión del solar. No apareciendo acreditado que para ello mediara acuerdo con Juan Antonio, Tomás procedió el día 25.01.99 a cambiar la cerradura, según manifestación efectuada por el mismo, en la creencia de que había sido Juan Antonio quien había sustituido la primitiva, lo que desde luego no impidió que se llevara a efecto la diligencia de fecha 04.02.99 que fue nuevamente suspendida por orden del juzgado al manifestar Tomás su deseo de acreditar el derecho que a su juicio ostentaba sobre el solar, quedando entonces las nuevas llaves en poder de Tomás con el conocimiento del juzgado que en ningún momento le requirió para que procediera a su entrega. Pero es más, el juzgado denegó en tres ocasiones, mediante providencias de fechas 15.02.99, 22.02.99 y 19.03.99 las peticiones de lanzamiento formuladas por "Mutualidad G.", procediendo, tras dictarse el auto de fecha 19.07.99 por el que no se reconocía

derecho alguno sobre el solar a Tomás, a requerir mediante providencia de fecha 08.09.99 (f. 250) nuevamente a Juan Antonio de desalojo. En consecuencia, y conforme a la doctrina expuesta más arriba, puede concluirse estimando que *la actuación de los acusados, haciendo uso del solar con el conocimiento y consentimiento del Juzgado 31, no puede considerarse constitutiva del tipo penal contenido en el art. 245.2 del Código Penal*, resultando "Mutualidad G." finalmente amparada en su posesión a través del procedimiento civil correspondiente". Audiencia Provincial de Soria, sec. 1ª, A 1-9-2003, nº 178/2003, rec. 102/2003, Pte: García Moreno, José Miguel (EDJ 2003/207066): "En realidad, del examen por esta Sala de las D. Previas se desprende claramente que la denuncia formulada en su día por el Sr. Miguel es expresión de un *conflicto de naturaleza jurídico-civil que enfrenta a éste con los propietarios de las fincas rústicas respecto de la explotación o cultivo de las mismas y respecto de la existencia de un título hábil (contrato de arrendamiento rústico) en virtud del cual D. Miguel viniese legitimado para la explotación agrícola de esas fincas, y que ha de ser resuelto necesariamente por los tribunales del orden jurisdiccional civil*, ante los que, en su caso, se podría reclamar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios supuestamente provocados en el cereal sembrado en dichas fincas o la liquidación del estado posesorio sobre las mismas. Por ello ha de concluirse que resulta plenamente ajustado a derecho la decisión del Juzgado de Instrucción que acordó el sobreseimiento y archivo de las D. Previas, lo que conduce necesariamente a la íntegra confirmación de los autos dictados por el Juzgado de Instrucción". Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, A 19-12-2005, nº 432/2005, rec. 327/2005, Pte: Antón Blanco, José Luis (EDJ 2005/285392): "No parece entonces descartable que cuando se coloca un barco (*vis in rebus*, como si se colocara un coche en un garaje), en el espacio reservado a otro, pueda existir coacciones. De momento no parece controvertible el hecho objetivo del impedimento que al titular del espacio le supone el no poder ejercer su derecho. Como tal ocupación puede ser entonces delictiva, ahora no deberá el Juzgado olvidar sus funciones de investigación sobre el autor del hecho y las motivaciones, y tras ello tal vez (por ej. en caso de error manifiesto y disculpable, *en caso de esgrimir un título aparentemente válido y excluyente del que tenga la Sociedad denunciante y cuya virtualidad tenga que dilucidarse en vía civil, etc...*) estará en condiciones de valorar y sopesar la trascendencia penal o no del hecho denunciado". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, A 29-1-2007, nº 379/2007, rec. 9/2007, Pte: Sainz de Robles Santa Cecilia, Cecilia (EDJ 2007/49607): "Haber procedido el denunciado a continuar utilizando el local de negocios tras haber finalizado el contrato de arrendamiento (vencimiento que le fue notificado por carta y por burofax)... constituye una cuestión civil, siendo así que la tutela del Derecho civil permite, en su caso, al propietario la recuperación de la posesión". Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 3-4-2007, nº 193/2007, rec. 47/2007, Pte: Trascasa Blanco, Cristina (EDJ 2007/342811): "Este Tribunal, tras la revisión y valoración contratada de las pruebas personales y documentales practicadas en el proceso, debe discrepar, en efecto, del relato de hechos probados que ha fundado la condena del apelante en la primera instancia y al estimar la Sala que ninguna constancia concluyente e indubitada hay de que los acusados accedieran al inmueble propiedad del denunciante mediante el uso de llave falsa y ocuparan el mismo hasta el día en que fueron denunciados sin autorización y en contra de la voluntad de sus dueños, no pudiendo ser descartada, sin más, la tesis de la defensa de que los hoy recurrentes contactaron con los dueños del inmueble, quienes viven en Madrid, llamando a su teléfono particular, cuyo número figuraba en el cartel anunciador del alquiler de la vivienda, y llegaron a un acuerdo verbal para su arrendamiento, lo que explicaría el ingreso que en la cuenta bancaria de la que son titulares el denunciante y su esposa se había efectuado días antes de interponerse la denuncia, careciendo de otro modo toda explicación lógica, que la parte denunciante no ha podido ofrecer, el hecho de que los acusados conocieran el número de dicha cuenta y el nombre de la esposa del denunciante que figura en el recibo aportado, y sobre todo, realizaran tal disposición dineraria a favor de los dueños del inmueble sin causa ni razón alguna aparente. Junto a ello debe disentirse de la interpretación probatoria que se realiza en la resolución apelada cuando en la misma se afirma lo inverosímil que resulta entregar a un tercero las llaves de un inmueble sin firmar papel alguno, en cuya apreciación olvida el Magistrado "a quo" la previsión legal, amén de la frecuencia en la vida real de los contratos de arrendamientos verbales y de las situaciones de precario, no pudiéndose, en fin, descartar la posibilidad de que la entrega de llaves se produjera conforme a la versión mantenida en todo momento por los acusados y en cuanto la misma aparece compatible con las razones de interés común, o privativas del denunciante, que pudieron llevar a éste a permitir la retirada de la llave de la agencia inmobiliaria, cuya labor mediadora y onerosa para el alquiler de la vivienda había contratado el propietario, sin manifestar ante los empleados de dicha agencia el acuerdo de alquiler alcanzado con aquel y siguiendo la estrategia acordada para ocultar la directa contratación, de hacerse pasar el arrendatario por un fontanero que precisaba de la llave para realizar determinada reparación, en cuyo caso, desde luego, y si en la inmobiliaria se recibió aviso previo al respecto por parte del propietario, aparece suficientemente posible y creíble esta forma de acceso a las llaves legítimas y con la autorización de su titular. Por las razones expuestas y porque *en la hipótesis*

defensiva del acuerdo verbal de arrendamiento, que conforme se ha argumentado debe ser barajada habida cuenta de lo acreditado en el proceso, no se presentan como extraños a los fines de justificar el cambio de criterio del propietario, los motivos, alegados por la defensa, de disconformidad con el número y la raza de los inquilinos que en dicha forma tomaron posesión del inmueble y sobre lo que, como manifestó en la denuncia y en el acto del juicio, fue informado por un vecino, aparece, cuando menos, razonable y fundada la duda sobre la comisión por los acusados del delito de usurpación y no cabe sino hacer aplicación del principio penal de obligada observancia en tales casos con el consiguiente pronunciamiento de sentencia absolutoria". Audiencia Provincial de Segovia, sec. 1ª, A 17-5-2007, nº 62/2007, rec. 61/2007, Pte: García Moreno, José Miguel (EDJ 2007/164674): "En realidad, del examen por esta Sala de las D. Previas se desprende claramente que la denuncia formulada en su día por el Sr. Jesús Luis es expresión de un conflicto de naturaleza jurídico-civil que enfrenta a éste con los poseedores actuales de la finca rústica respecto de la existencia de un título hábil en virtud del cual éstos viniesen legitimados para ostentar la posesión de la finca, y que ha de ser resuelto necesariamente por los tribunales del orden jurisdiccional civil, ante los que, en su caso, se podrán ejercitar las correspondientes acciones de tutela de la propiedad". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, A 7-9-2007, nº 546/2007, rec. 394/2007, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2007/208519): "En cuanto al delito de usurpación del artículo 245.2 del C. Penal igualmente procede el sobreseimiento provisional de las actuaciones. Ya hemos expresado las razones por la que existe una duda razonable sobre la propiedad del bien inmueble". Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla (EDJ 2003/32239); Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, A 9-12-2003, nº 166/2003, rec. 169/2003, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/205741); José María Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, A 15-6-2005, nº 141/2005, rec. 125/2005, Pte: Astray Chacón, María Pilar (EDJ 2005/91465); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, A 25-4-2008, rec. 210/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/87463); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, A 25-4-2008, rec. 209/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/95628); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 2ª, A 16-3-2009, nº 180/2009, rec. 187/2008, Pte: Verastegui Hernández, Mª del Pilar (EDJ 2009/87523); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, A 30-4-2008, nº 37/2008, rec. 297/2006, Pte: López Chacón, María Jesús (EDJ 2008/60274): "Por ello, en esta modalidad comisiva, no es indiferente la forma en que el autor consiguió la posesión. La inicial ilegitimidad, en el sentido de ausencia de causa jurídica, de la adquisición de la posesión está presente en el tipo penal, en el sentido de que no provenga de ninguna relación jurídica previa entre el titular y el poseedor actual, pues en el supuesto contrario, esto es, cuando hubo una inicial concesión de la posesión jurídicamente válida, el cese de la misma es cuestión estrictamente civil, como lo es toda aquella que supone el reconocimiento del derecho a hacer cesar esa situación y a liquidar el estado posesorio". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, A 14-3-2008, nº 156/2008, rec. 92/2008, Pte: Álvaro López, Mª Cruz (EDJ 2008/60144): "Debemos invocar la documental que han aportado los denunciados, en virtud de la cual consta que la ocupación de la vivienda que les imputa la denunciante, se ha producido con el consentimiento de la misma y bajo la condición de que se hagan cargo de determinados gastos que derivan del arrendamiento que ella mantiene con el IVIMA, organismo propietario de la vivienda, lo que excluye cualquier actuación con relevancia penal y justifica sobradamente la decisión adoptada por el Instructor al acordar el sobreseimiento libre de las actuaciones". Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, A 11-4-2008, nº 54/2008, rec. 15/2008, Pte: Buceta Miller, Emilio (EDJ 2008/154653): "En el caso presente, es la propia parte denunciante y hoy recurrente la que aporta infinidad de documentos que vienen a poner clarísimamente de manifiesto que no nos encontramos ante un supuesto de alteración o apropiación material, sino claramente jurídico, con existencia de expedientes administrativos, procedimiento contencioso administrativo, discusiones jurídicas acerca de la ubicación del camino de la cabra, alegaciones al POM correspondiente en el que se encuentra dicho camino, deslinde del camino original, exigencia de responsabilidad al propio Alcalde de Talavera de la Reina, etc., etc., etc., todo lo cual acredita clarísimamente que nos encontramos ante un problema de índole jurídica a resolver bien ante la Jurisdicción civil, bien ante la contencioso administrativa, pero en ningún caso ante la penal... que ponen de manifiesto que no se trata de una apropiación fáctica de un terreno, sino de una compleja cuestión jurídica". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 4-4-2011, nº 147/2011, rec. 4/2011, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis (EDJ 2011/81331): "Se comparte la percepción del Juez a quo en cuanto a que los hechos habrían de encerrar una cuestión civil (se insiste, entre el titular registral y el poseedor, en principio, con título) que habría de ventilarse en el ámbito que fuera procedente, pero no en esta jurisdicción penal criminalizando conductas". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, A 4-1-2013, nº 10/2013, rec. 863/2012, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2013/5991): "Es evidente pues que existía un contrato sobre la vivienda y que

c) *Manifestación en contra ¿expresa o tácita?*

QUERALT JIMÉNEZ afirma que “a diferencia de lo que sucede con la autorización, la manifestación en contra ha de ser *expresa*; el requerimiento fehaciente o una denuncia ante la autoridad serán pruebas inequívocas de ello”. Del mismo parecer CALABUIG COSTA, BLANCO LOZANO, HAVA GARCÍA, BARBER BURUSCO⁷⁸².

les ha sido denegada a los actuales ocupantes, hoy denunciados, el derecho de subrogación en la titularidad del referido contrato. Ello presupone que los denunciados no han procedido a ocupar por la fuerza o incluso sin consentimiento del IVIMA la vivienda en cuestión, sino que se encuentran en la misma en la creencia de que ostentan la titularidad de un contrato sobre la vivienda que les es negada por la denunciante. No consta en las actuaciones que la resolución de la denunciante sea firme. Igualmente se desconoce si la denunciante ha dado intervención a los denunciados en el expediente en el que ha recaído la Resolución. Pero lo que sí es evidente es que existe una contienda entre las partes sobre el derecho de los denunciados a ocupar de forma legítima el local, discrepancia que, conforme explica de forma extensa la instructora deberá ser resuelta en el ámbito de la Jurisdicción civil... Ahora bien, la posesión inicial ha sido legítima, pudiendo haber perdido tal condición tras la Resolución adoptada por el IVIMA. Pero de los propios términos de la denuncia se desprende que los denunciados no comparten esta decisión, la cual tampoco aparece que sea firme y ejecutiva, no pudiendo afirmarse por ello que la posesión que ostentan sobre la vivienda sita en la calle Acevedo núm. 11 viv. 2067 del UVA de Hortaleza sea ilegítima. Y tal cuestión no puede ser resuelta tal cuestión dentro del ámbito de la Jurisdicción Penal”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 18-11-2014, nº 421/2014, rec. 94/2014, Pte: Soria Fernández-Mayoralas, Matías Manuel (EDJ 2014/275476): “Así en el presente caso al haberse dictado una Sentencia absolutoria en la que por la Juez que la dictó se ha valorado la prueba personal practicada en el acto del Juicio se debe mantener la Sentencia apelada, que por otro lado aparece adecuadamente fundada por la existencia de indicios suficientes de que la ocupación de la finca lo ha sido inicialmente en virtud de contrato de arrendamiento, por lo que *dicha conducta no está tipificada en el artículo 245.2 del C.P y la jurisprudencia que lo interpreta, que exige en todo caso que el ocupante carezca de título jurídico alguno*”.

⁷⁸² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., Pág., 447. “Aquí se habla de... “se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular”, ha de haber una oposición expresa”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 811. “En cuanto a la conducta de mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular, consistirá en proseguir la ocupación frente a la expresa oposición de éste”. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 504. “Mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular: a diferencia del supuesto anterior, [ocupación sin autorización debida], exige un acto expreso del titular del inmueble contrario al mantenimiento del sujeto activo en el inmueble”. HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... Op. cit., Pág., 293. “Esta segunda modalidad exige la manifestación expresa del titular, en el sentido de que se opone a la permanencia de los ocupantes”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 20.

La Jurisprudencia *menor* considera que la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble en la segunda modalidad alternativa de mantenerse debe ser expresa⁷⁸³.

⁷⁸³ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314): “El delito de usurpación de inmuebles, introducido en el nuevo Código Penal, en su modalidad no violenta del número 2 del artículo 245, para dar cobertura penal específica a la ocupación de viviendas o edificios en contra de la voluntad de sus propietarios o poseedores, requiere para su comisión los siguientes elementos: ... Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio *“contra la voluntad de su titular”, que en tal caso deberá ser expresa*”. Con idénticas o similares palabras: Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 19-5-2005, nº 2099/2005, rec. 2241/2004, Pte: Domeño Nieto, Yolanda (EDJ 2005/132184); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2007/273901); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/63133); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/142401); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar (EDJ 2009/162720); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 16-9-2009, nº 442/2009, rec. 150/2009, Pte: Morales González, Federico (EDJ 2009/336126); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compairé Plo, Mª del Carmen (EDJ 2010/96709); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2010/348972); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2011/395951); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2011/330742); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 19-10-2011, nº 1080/2011, rec. 242/2010, Pte: Riera Ocariz, María (EDJ 2011/317552); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 18-2-2013, nº 151/2013, rec. 859/2012, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/59976); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 22-2-2013, nº 37/2013, rec. 358/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316614); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 25-2-2013, nº 69/2013, rec. 121/2013, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2013/135866); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 1-3-2013, nº 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz (EDJ 2013/230856); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 25-4-2013, nº 358/2013, rec. 10/2013, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2013/137679); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 9-5-2013, nº 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2013/90363); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 26-6-2013, nº 250/2013, rec. 340/2013, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2013/132603); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 5-7-2013, nº 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316835); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 1-10-2013, nº 296/2013, rec. 108/2013, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316925); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 14-2-2014, nº 62/2014, rec. 1025/2013, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58502); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-2-2014, nº 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2014/22830); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa Mª (EDJ 2014/47368); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 12-6-2014, nº 321/2014, rec. 19/2014, Pte: Navarro García, Montserrat (EDJ 2014/175875); Audiencia Provincial de

En contra de este criterio se manifiesta GONZÁLEZ RUS, para quien “aunque el precepto alude a mantenerse “contra” la voluntad del dueño, el delito debe entenderse cometido también cuando el hecho se produce “sin” la misma; por ejemplo, por desconocimiento de la ocupación”⁷⁸⁴. Entendemos que difícilmente puede concurrir desconocimiento en esta segunda modalidad delictiva cuando previamente ha de existir una entrada autorizada.

PÉREZ MANZANO considera que la expresión “contra” ha de interpretarse tanto en sentido estricto como comprensiva de la ausencia de consentimiento (expreso o tácito) del titular⁷⁸⁵.

Consideramos que el Código Penal, al exigir que el mantenimiento se realice contra la voluntad del titular ha adoptado una posición intermedia entre aquella orientación que pueda estimar suficiente para que el delito se configure que el mantenimiento se realice sin consentimiento, y aquella otra que pueda requerir una conducta contraria a la prohibición expresa. En su lugar exige un *contraste efectivo* entre la voluntad del autor y la voluntad del titular.

La voluntad contraria ha de manifestarse en el mundo exterior ya sea de forma expresa o tácita. Se tiene manifestación expresa cuando ésta se confía a medios sensibles que, por el uso de la vida cotidiana o por acuerdo entre las partes, están destinados a revelar la determinación interna del sujeto, como el lenguaje hablado, escrito, mímico, etc. En cambio la manifestación es tácita cuando resulta de hechos concluyentes, esto es, de una conducta inequívoca, activa u omisiva, incompatible con

Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-9-2014, nº 225/2014, rec. 310/2014, Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego (EDJ 2014/166484).

⁷⁸⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >>... *Op. cit.*, Pág., 502.

⁷⁸⁵ PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 434.

una voluntad contraria. En este caso por no estar los hechos destinados por sí mismos a expresar la voluntad, ésta tiene que ser inducida o deducida del comportamiento específico del titular.

La manifestación expresa puede ser general o particular, según que vaya dirigida a una persona determinada o a la generalidad. Las circunstancias reveladoras de la voluntad contraria no pueden sujetarse a reglas generales, siendo lo más acertado juzgar en cada caso según circunstancias particulares, sin poder determinarse *a priori*, prescindiendo de circunstancias de tiempo, lugar...

Tanto en la manifestación expresa como en la tácita, se trata de una voluntad real, existente, y como tal sólo puede ser inferida de actos relacionados con la conducta del titular.

Según se desprende de lo que queda dicho, la voluntad contraria del titular es una característica objetiva y positiva del tipo, que contribuye a la descripción de la conducta prohibida por la ley⁷⁸⁶.

d) No necesidad de requerimiento

Un sector de la doctrina considera necesario un requerimiento formal de abandono, argumentando a favor de la necesidad de tal requisito que el tipo penal utiliza la expresión “contra la voluntad de su titular”, en lugar de “sin su voluntad”⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ Cfr., SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... *Op. cit.*, Págs., 880-885.

⁷⁸⁷ ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 320. “Se castiga también como alternativa distinta la conducta pasiva y meramente omisiva consistente en mantenerse en el inmueble contra la voluntad de su titular. Tal supuesto, que parece traído del allanamiento de morada, implicará una inicial ocupación no constitutiva de delito y precisará de un requerimiento formal del propietario para desalojar”. BENEYTEZ MERINO, L.: << De la Usurpación >> en *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis*. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 922.

Parte de la Jurisprudencia *menor*, considera necesario el requerimiento formal de abandono, llegando en ocasiones a exigirlo, como vimos anteriormente, incluso, en los supuestos de ocupación, y no sólo de simple mantenimiento⁷⁸⁸.

Consideramos que la voluntad contraria del titular no precisa de un requerimiento formal, ni verbal, ni escrito, resultando suficiente una *conducta concluyente* en tal sentido, pues, lo importante es la *manifestación inequívoca de la voluntad del titular*. De este modo el sujeto activo ha de ser consciente de la voluntad contraria del titular. Como ya expusimos anteriormente, consideramos que no ha de presumirse, sino que ha de demostrarse fehacientemente la voluntad contraria del titular,

⁷⁸⁸ Vid., Audiencia Provincial de Murcia, sec. 1ª, S 28-12-1999, nº 141/1999, rec. 149/1999, Pte: Moreno Millán, Carlos (EDJ 1999/55857): “Es por ello que debemos rechazar y desestimar la pretensión de la recurrente cuando afirma que la titular del inmueble en ningún momento manifestó a su ocupante su voluntad contraria a dicha ocupación. Y ello porque para la viabilidad de esa primera modalidad delictiva no es necesario *ese previo requerimiento o esa voluntad de la titular claramente manifestada contraria a la permanencia en el inmueble*. A ello sólo habría lugar cuando resultara aplicable la segunda modalidad que prevé el tipo penal, que presupone un primer e inicial acceso autorizado y por tanto lícito, que se torna después en delictivo en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria a dicha permanencia expresada claramente por el dueño del inmueble. Pero es que no obstante ello, es lo cierto, conforme consta acreditado en este Proceso, que la dueña del inmueble de referencia a través de las distintas denuncias que ha formulado, está expresando y manifestando una clara voluntad contraria a la citada permanencia, uso y disfrute que realiza la acusada”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 3-12-2001, rec. 521/2001, Pte: Málaga Diéguez, Francisco (EDJ 2001/72219): “Esta Sala no desconoce el debate que en la jurisprudencia menor y la doctrina ha suscitado el precepto que se examina, ni tampoco la existencia de un importante sector según el cual, para que el tipo se complete, sería exigible que la conducta punible se ejecute contra la explícita voluntad del propietario del inmueble (véanse por todas las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de junio de 2000, y la del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 6 de marzo de 2000). Lo cierto es, sin embargo, que el artículo 245.2 no ha sido declarado inconstitucional, por lo que este Tribunal se ve obligado a aplicarlo tal y como está redactado, y en él se señala que incurre en el tipo “el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular...”, de lo que se desprende que el tipo presenta dos modalidades delictivas: Una primera que se completa con la mera y simple ocupación del inmueble sin autorización de su propietario, y una segunda que presupone un primer e inicial acceso autorizado y por lo tanto lícito, que se torna después en delictivo en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria a dicha permanencia expresada claramente por el dueño del inmueble (SAP Murcia, Sección 1, 28 diciembre 1999). Pues bien, *es exclusivamente en esta segunda modalidad donde resulta exigible un requerimiento formal de abandono por parte del propietario*, pero no ocurre lo mismo en la primera, que es la que concurre en el caso de autos, donde nos encontramos con que la vivienda ocupada es de uso estacional o vacacional y se encontraba cerrada con llave, careciendo el acusado de autorización para acceder a su interior”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 13-11-2003, nº 606/2003, rec. 5803/2003, Pte: Holgado Merino, José Manuel (EDJ 2003/171161); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 17-9-2004, nº 512/2004, rec. 3483/2004, Pte: Holgado Merino, José Manuel (EDJ 2004/170103): “El artículo 245.2 del CP. viene redactado en los siguientes términos “el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular...”, de lo que se desprende que el tipo presenta dos modalidades delictivas: Una primera, que es la que ahora se contempla, requiere una simple ocupación del inmueble sin autorización de su propietario, y una segunda que presupone un primer e inicial acceso autorizado y por lo tanto lícito, que se torna después en delictivo en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria a dicha permanencia expresada claramente por el dueño del inmueble. Pues bien, *es exclusivamente en esta segunda modalidad donde resulta exigible un requerimiento formal de abandono por parte del propietario*, pero no ocurre lo mismo en la primera”.

dado que es una característica positiva que se tiene que dar para que la conducta sea punible⁷⁸⁹.

En la misma línea de no necesidad de requerimiento verbal se manifiesta MANZANARES SAMANIEGO, considerando suficiente “con la conducta concluyente”; al ser “lo importante... la manifestación inequívoca de la voluntad del titular”. Asimismo considera que “cabe aplicar *mutatis mutandis* a esta modalidad de usurpación la doctrina desarrollada respecto al paralelo allanamiento pasivo de morada”. En la misma línea MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA quien no exige como elemento del tipo un requerimiento formal de salida, siendo suficiente para que la permanencia en el inmueble devenga en delictiva “en cuanto el sujeto conoce la voluntad contraria, que ha de ser expresada con suficiente claridad”⁷⁹⁰.

El requerimiento formal al igual que en la modalidad de ocupar sirve de manera soberana tanto para manifestar la voluntad contraria del titular como para la prueba de la misma.

Un sector de la Jurisprudencia *menor* no exige la necesidad de un requerimiento formal siendo suficiente que se “manifieste su oposición”⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 23. “La modalidad usurpatoria ahora examinada se da por consumada tanto cuando se ocupa inicialmente la vivienda o el edificio sin el consentimiento de su titular, como cuando se haya contado con éste para entrar, pero se permanezca en su interior una vez que la voluntad contraria del mismo haya quedado clara (en términos similares a la conducta típica del delito de allanamiento)”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I.* TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Pág., 345.

⁷⁹⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 912; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639.* DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679. GONZÁLEZ CERRÓN reproduce lo expuesto por Manzanares en: GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 394.

⁷⁹¹ Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 29-10-2002, nº 387/2002, rec. 328/2002, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2002/101204): “Comienza el recurso alegando la infracción del artículo 245.2 del Código Penal, por el que viene condenada Estela, al faltar los elementos del tipo por cuanto no habría recibido requerimiento alguno de persona competente indicando expresamente la voluntad por parte del titular de la vivienda de desalojo del inmueble. El tipo penal del apartado segundo del artículo 245.2 del Código Penal recoge una doble conducta delictiva de modo alternativo: el ocupar sin autorización debida o el mantenerse contra la voluntad del titular. En el segundo caso es necesario que el titular manifieste su oposición no así en el primero en el que la falta de autorización determina la tipicidad de la conducta, de

3.2.7.- ¿DELITO DE RESULTADO O DE MERA ACTIVIDAD?

La Doctrina, en este punto como en otros tantos, se halla dividida entorno a la naturaleza del delito; discutiendo si es un delito de resultado, o de mera actividad (también llamados estos últimos de mera conducta, o mero comportamiento)⁷⁹².

forma similar al delito de hurto al requerir la falta de voluntad del dueño y no la oposición del dueño”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-1-2011, nº 45/2011, rec. 6/2011, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2011/29569); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 6-6-2011, nº 495/2011, rec. 96/2011, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2011/164084); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2012/119783); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 17-9-2012, nº 123/2012, rec. 99/2012, Pte: Morales Ortega, Rafael (EDJ 2012/275839); Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 18-9-2012, nº 222/2012, rec. 290/2012, Pte: Soria Fernández-Mayoralas, Matías Manuel (EDJ 2012/211057): “El delito de usurpación de bien inmueble ha sido “introducido por el legislador para poner fin a la ocupación indebida de inmuebles, vivienda o edificios ajenos que no constituyen morada, así como el mantenimiento de tal ocupación cuando consta la oposición o voluntad en contra de su titular” estimando que la mera ocupación con vocación de permanencia es delito y que incluso *la negativa del usurpador a abandonar la vivienda después de un requerimiento explícito o, aun sin requerimiento*, después de conocer la existencia del procedimiento penal, constituye delito de usurpación dado que el tipo penal no sólo castiga la ocupación, sino la permanencia en el inmueble en contra de la voluntad del titular”. Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 3-5-2006, nº 39/2006, rec. 18/2006, Pte: Silva Pacheco, José Elpidio (EDJ 2006/72441): “La norma legal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 10/1995, tal como se contiene en el artículo 245.2 del Código Penal (El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses) *no exige, expresamente, ningún tipo de requerimiento formal previo de abandono*; siendo esencial, en el presente caso, que no existe consentimiento o autorización del propietario al efecto”.

⁷⁹² “La clasificación de los tipos ha de tener en cuenta, a modo de criterio inspirador, cada uno de los momentos en que se... [detiene] el análisis genérico del tipo de injusto: el bien jurídico, la formulación típica y los diversos elementos del hecho... En atención al modo de comportamiento descrito los delitos pueden dividirse en *tipos de mera actividad* y *tipos de resultado*. Con una terminología poco adecuada se ha venido denominado a los primeros “formales” y a los segundos “materiales” (Es inadecuado hablar de delitos formales, por cuanto el injusto típico no es nunca una mera forma –fórmula– vacía, sino que comporta, en todo caso, un *contenido lesivo*)... Unos y otros, los tipos de mera actividad y los de resultado, pueden ser de *acción* o de *omisión*. También puede suceder que un determinado tipo exija una conducta activa y otra omisiva: tal sucede en los llamados *tipos de conducta mixta*”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 433-442. “La clasificación de los tipos puede partir de las modalidades que adoptan sus elementos... Según las modalidades de la acción... [y] por las modalidades de la parte objetiva... [se distingue entre] delitos de mera actividad y de resultado. Importa aquí si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida de la causación de un resultado *separable* espacio-temporalmente de la conducta. En los delitos de mera actividad no es necesario. Ejemplos: allanamiento de morada (art. 202 CP), agresión sexual (art. 178 CP). Lo contrario sucede en los delitos de resultado. Ejemplo: el homicidio (art. 138 CP). En este sentido estricto, no será “resultado” ni la sola exteriorización de la conducta ni la lesión del bien jurídico. Así por ejemplo, el delito de allanamiento de morada lesiona el bien jurídico de la inviolabilidad de la morada, pero no es necesario que produzca ningún resultado separable espacio-temporalmente, por lo que es de mera actividad. Esta distinción tiene importancia para: 1º la exigencia o no de relación de causalidad entre conducta y resultado; 2º la determinación del tiempo y lugar del delito”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 233-234. “En los delitos de mera actividad o mera omisión se alcanza la perfección típica al realizar la acción u omisión descrita, sin atender a sus efectos causales en el mundo. Frente a ello, los delitos de resultado exigen además la producción de un determinado resultado material, causalmente conectado con la acción u omisión”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho

El término resultado es multívoco. Así, se puede afirmar que todo delito tiene un resultado constituido por la realización del tipo y que sería la ofensa al bien jurídico (que puede revestir las modalidades de daño o peligro, según se presente como lesión efectiva o potencial respecto del bien). Esta acepción de resultado concebida como ofensa al bien jurídico se la conoce como *resultado en sentido jurídico o formal*. Frente a este sentido que se da al término resultado, se entiende también por resultado la modificación del mundo exterior a consecuencia de un movimiento corporal del sujeto que realiza la acción y que la ley toma en consideración para imputárselo jurídicopenalmente a su autor. Esta última significación pertenece a la realidad naturalística y por contraposición a la anterior se le denomina resultado en sentido *material*. Atendiendo a esta última categoría conceptual podemos distinguir entre delitos de resultado y delitos de mera actividad o mero comportamiento⁷⁹³.

antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 130. “Otros autores, en especial los italianos, en vez de delitos de mero comportamiento o de resultado, prefieren las expresiones de delito *formal* y *material*, que no aportan nada nuevo”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 261. “Respecto al modo de comportamiento... los delitos pueden ser divididos, en delitos de mera actividad y tipos de resultado. Utilizando de forma simultánea la terminología, en la que los primeros se les denomina “formales”, y a los segundos “materiales””. SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 120. “Cuando la acción prevista en la ley se agota en el movimiento corporal, estamos ante un *delito de simple actividad*. Pero en una serie de casos la ley requiere, además, la producción de un resultado: *delitos de resultado*. Estos delitos se denominan también, respectivamente, *delitos formales* y *materiales*”. RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 369. “Se distinguen, en primer término, tipos de *mera conducta* y tipos de *resultado*, según se satisfaga el tipo con la realización de un cierto comportamiento... o requiera la producción de una modificación del mundo exterior derivada de una determinada conducta. Combinando el criterio anterior con la forma de acción tenemos: a) *Tipos de mera actividad*. El tipo describe una acción positiva desligada de cualquier posible resultado... b) *Tipos de acción y resultado*. Pertenecen al tipo tanto una acción positiva como un resultado derivado de la misma... c) *Tipos de mera omisión*. Constituyen el paralelo de los delitos de mera actividad. El tipo describe únicamente una omisión desligada de cualquier posible consecuencia... d) *Tipos de omisión y resultado*. Se corresponden con la clasificación de delitos de acción y resultado. Al tipo pertenece tanto una omisión como un resultado que es consecuencia de la misma... e) *Tipos de prohibición de resultado*. Comprendemos bajo esta denominación aquellos tipos que, en realidad, se limitan a prohibir la producción de un resultado (tipos prohibitivos de causar), siendo indiferente que el evento se verifique como consecuencia de una acción positiva o de una omisión”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 272-273.

⁷⁹³ Cfr., RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 368-370; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 270-272; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* *Op. cit.*, Pág., 115; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993. Págs., 239-240. Distingue POLAINO NAVARRETE dos clases de resultados: A) El resultado material, ontológico o naturalístico que se define como la modificación del mundo externo perceptible por los sentidos (v. gr., la muerte de una persona, la sustracción de una cosa, etc.). No todos los delitos exigen un resultado material, sino sólo algunos de ellos, pero aquéllos que sí lo exigen tendrán como característica este elemento naturalístico. B) El resultado típico, normativo o jurídico que consiste en la

A) *Delito de resultado*⁷⁹⁴

lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Esta segunda acepción es *condicio sine qua non* de la existencia de todos los delitos. Por ello, todos los delitos tienen, necesariamente, un resultado típico o jurídico porque todos ellos lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, y sólo algunos producirán además un resultado material. La confusión entre estos dos conceptos de resultado lleva a considerar, en ocasiones, que únicamente es posible la tentativa en los delitos de resultado (en el sentido de resultado material), mientras que en los de mera actividad y de omisión propia la tentativa devendría vedada, pues ya en el momento de la realización de la conducta el delito quedaría consumado. Esta conclusión confunde el resultado material con el jurídico. Y todos los delitos (y no sólo los llamados delitos de resultado) exigen un resultado típico, es decir, no hay delito sin resultado (típico). Por ello, en aquellos delitos sin resultado material es posible conceptualmente apreciar el grado comisivo imperfecto de la tentativa. *Vid.*, POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Págs., 220-221; POLAINO NAVARRETE, M.: << El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 72. Cuarto trimestre, 2003. Págs., 15-16. No acepta JIMÉNEZ DE ASÚA la distinción entre delitos de actividad y resultado, considerando que en todo delito hay actividad y resultado, al decir: "Los llamados delitos formales son delitos de simple actividad o meros delitos de acción, y los delitos materiales son los delitos de resultado externo. Roberto von Hippel tiene razón al criticar la terminología de "delitos formales" y "materiales", "pues es indudable que en ambos casos se trata de ataques materiales contra intereses jurídicamente protegidos". Los escritores partidarios de distinguir ambos grupos dicen que en los delitos de simple actividad se agota el tipo en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo. Como puede observarse, la actividad (los actos) son necesarios en ambas formas de delitos, ya que la diferencia radica en el resultado existente o ausente. Sin embargo, a nuestro juicio, la controversia respecto a si todo delito tiene un resultado es puramente terminológica, y se halla incluso negada por muchos escritores, entre los que descuellan Max Ernesto Mayer y Hippel. Este último, combatiendo a von Liszt, dice que no es correcto afirmar que hay delitos sin resultado, después de haber definido éste como "modificación en el mundo exterior", pues también el simple movimiento corporal sin resultado externo es modificación en el mundo exterior. Por nuestra parte, como acabamos de decir, creemos que lógicamente existe en todo delito actividad y resultado. Lo que ocurre es que en los mal llamados "delitos formales" o de simple actividad, esos dos momentos coinciden en el tiempo y se sueldan íntimamente. Con su agudeza acostumbrada escribió Mayer que "a pesar de la coincidencia temporal de la manifestación de voluntad y del resultado en los delitos de simple actividad, la unidad temporal no debe engañarnos respecto a la dualidad lógica". JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito... Op. cit.*, Pág., 215. En contra de este criterio RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, para quienes el simple movimiento corporal sin resultado externo no puede considerarse modificación del mundo exterior (resultado), y así ejemplifican: "la muerte de una persona es necesaria para que se dé el delito de homicidio. La modificación del mundo exterior es notoria: la persona que antes de actuar el sujeto estaba viva, ha fallecido a consecuencia de los actos realizados por éste. No puede considerarse, sin embargo, como resultado el que tenga que llegar el hecho, v. gr., la injuria, a conocimiento de alguna persona, pues en tal caso, salvo que se acuda al desacreditado recurso de considerar como modificación del mundo exterior las ondas sonoras y otros fenómenos semejantes, no puede hablarse de una modificación "perceptible por los sentidos", aun sin tener en cuenta que entonces pierde precisión y, por consiguiente, toda utilidad el concepto, ya que, en definitiva, todo delito que es objeto de una condena llega a conocimiento del juez, con lo cual los delitos que hemos llamado de simple actividad se transformarían siempre en delitos de resultado". RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 370.

⁷⁹⁴ "En todo tipo hay una acción, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, su elemento más importante. La acción viene descrita generalmente por un verbo ("matar", "maltratar", "mutilar", etc.), que puede indicar una acción positiva o una omisión. Cuando el tipo sólo exige la realización sin más de la acción estamos ante los delitos de *mera actividad* (injuria, falso testimonio, etc.) o, en su caso, de *mera inactividad* (omisión pura). En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material (*delitos de resultado*). La distinción puede llevar confusiones, ya que todo delito consumado tiene un resultado constituido por la realización del tipo. Cuando aquí se habla de resultado se alude al resultado como modificación producida en el mundo exterior, distinta idealmente de la acción misma. En algunos delitos se exige para la consumación del tipo esta modificación separada de la acción y en este sentido se habla de delitos de resultado que suponen la destrucción de un objeto material (lesiones, homicidios, daños, incendios, etc.)."

Como delito de resultado califican la usurpación ROCA AGAPITO, BLANCO LOZANO, MUÑOZ CONDE, VIVES ANTÓN, GONZÁLEZ CUSSAC, MANZANARES SAMANIEGO, HERRERO HERRERO, Y GÓMEZ IBARGUREN⁷⁹⁵.

MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993. Págs., 239-240. “En los... llamados delitos de *resultado*, la doctrina señala que se consuman con la producción de un resultado separable de la acción. Se trataría de delitos en que el legislador exige “una modificación del mundo exterior, distinta en las coordenadas de espacio y tiempo de la conducta, pero conectada causalmente con ella y trascendente en el ámbito jurídico-penal”... Si se trata de delitos de resultado este elemento del delito, según la doctrina mayoritaria, debe ser determinado estableciendo una relación de causalidad entre un antecedente que sería la acción y un consecuente que sería un hecho socialmente relevante en el mundo exterior”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 261. “Delitos de resultado material, que exigen la producción de una modificación sensorialmente perceptible producida sobre un objeto material. Ejemplo: A dispara y mata a B: la muerte es el resultado material del delito de homicidio o de asesinato”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Págs., 114-115. “En los delitos de resultado (o resultativos, o de causación) el tipo requiere para la consumación la producción de un resultado, material o ideal, como consecuencia de la conducta y distinto de la misma, generalmente posterior pero a veces simultáneo a ella. Por ello cabe perfectamente tanto tentativa inacabada como frustración. Estos tipos pueden a su vez especificar o no el modo de ejecución. No lo hacen los delitos puros de resultado (o de causación) o tipos puramente resultativos, que se limitan a exigir que el sujeto produzca el resultado sin indicar cómo, p. ej. el homicidio (matar a otro), las lesiones del art. 147 (“el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión”), o los daños del art. 263 (“el que causare daños”). En los tipos puros de resultado cabe la comisión por omisión (con la única cuestión del criterio o criterios generales de la equivalencia de la omisión –impropia- a la comisión activa) y cabe sin problemas autoría mediata, pero en cambio es más difícil precisar que en los que describen el modo de ejecución el criterio de la autoría en general, es decir, de entre las varias conductas condicionantes (causales) del resultado cuáles son de auténtica autoría y cuáles de mera participación. Junto a éstos hay delitos (de resultado) con modalidades limitadas de ejecución (o delitos de acción y resultado), en los que la ley especifica la forma de comisión o de actuación en la producción del resultado, como en las lesiones agravadas por el uso de armas o instrumentos peligrosos (art. 148,1º), las injurias (art. 208: acción o expresión que lesionen la dignidad etc.), las coacciones (art. 172: impedir con violencia o compeler a actuar), el robo con fuerza (donde sólo caben las modalidades legales de “fuerza en las cosas” del art. 238), la estafa (art. 248.1: provocar mediante engaño error e inducir a un acto de disposición perjudicial) o los estragos (por los medios de destrucción citados en el art. 346). Algunas limitaciones de los medios están bien formuladas y responden al carácter fragmentario del Derecho penal, seleccionando las formas comisivas más graves o peligrosas, pero en ocasiones la selección es un tanto arbitraria y no responde a esos criterios (así la limitación de medios comisivos de las lesiones graves en la redacción de los arts. 420 y 421 CP 1944 antes de la reforma de 1989). En estos tipos es más fácil la delimitación de las conductas de autoría al describir la ley cuál ha de ser la conducta, pero ello plantea dudas en cuanto a la admisibilidad de la autoría mediata (igual que en los delitos de mera conducta) si se entiende que el sujeto de atrás no realiza realmente la forma de acción o ejecución requerida. Algunas modalidades ejecutivas, p. ej. la violencia en las coacciones o la fuerza en el robo, excluyen inequívocamente la comisión por omisión, pero esa posibilidad omisiva es dudosa en otras modalidades ejecutivas, como en la “acción” de las injurias o el “engaño” de la estafa”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 165-166.

⁷⁹⁵ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 202. “En ambas subtipologías [ocupar y mantenerse] entendemos que se trata de delitos de resultado”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88. De delito de resultado parece calificarlo MUÑOZ CONDE, cuando sostiene en relación a la ocupación y usurpación violentas, aunque entendemos que aplicable parcialmente a la pacífica, que “el resultado exige, además de la ocupación o usurpación efectivas, que reporte una utilidad y se cause un daño”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 396. Lo mismo puede decirse de VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, cuando afirman: “Para

BLANCO LOZANO sostiene que, tanto en la modalidad de ocupar, como en la de mantenerse, se trata de delitos de resultado, y que “ello parece claro en el caso de la *ocupación*. En cuanto a la modalidad de *mantenimiento*, si bien a primera vista parece apuntar su consideración hacia una conducta de mera actividad, el hecho de que se trate de una verificación fáctica de la propia ocupación frente a la oposición expresa del titular, lleva a concluir que debe concretarse, para su consumación, tal resultado de efectiva permanencia. Así, pues, será en ambos casos... apreciable la tentativa”⁷⁹⁶.

ROCA AGAPITO justifica la naturaleza del delito por su carácter resultativo (por contraposición a la usurpación violenta como tipo con medios legalmente determinados). Dice así: “Entre los dos apartados del artículo 245 del Código Penal existe una diferencia trascendental, relativa a los medios comisivos. Mientras que el apartado 1 es un delito de medios determinados, el apartado 2 es un delito resultativo. La modalidad del apartado 1 es violenta o intimidatoria, mientras que la del apartado 2

estimar consumado el delito no basta con que se haya ocupado el inmueble o usurpado el derecho real de que se trate (conductas en las que, junto a la manifestación de voluntad, se exige ya un resultado), sino que es preciso, aún, que concurra... un "segundo resultado": ha de haberse reportado una "utilidad" de índole económica sea o no estimable... También ha de valorarse el daño causado”. VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.)...*Op. cit.*, Pág., 1206. Aunque en la usurpación pacífica no existe ese “segundo resultado”, pues, el tipo penal no exige ni como elemento del tipo, ni para la determinación de la pena que se atienda a la utilidad obtenida y al daño causado, sí podemos hablar de “primer resultado” por contraposición a lo que dichos autores denominan “segundo resultado”. En esta línea, MANZANARES SAMANIEGO dice que “respecto al grado de ejecución, procede insistir en la no exigencia de un resultado de utilidad o daño”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Pág., 478. “No estamos... ante un delito de resultado cortado, sino de resultado efectivo. Para la consumación, pues, es precisa la “ocupación” del inmueble sin previa autorización del titular, o el mantenimiento en él contra su voluntad”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales*... *Op. cit.*, Pág., 166. “En lo concerniente a la naturaleza del delito, estamos ante un delito de resultado en el que es necesario que se produzca una lesión efectiva a los derechos inherentes al dominio sobre el bien inmueble ocupado”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist*... *Op. cit.*, Pág., 6. “Para Gómez Ibarguren, se trata de un delito de resultado”. IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley*... *Op. cit.*, Pág., 7.

⁷⁹⁶ BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I.- Delitos contra bienes jurídicos individuales*... *Op. cit.*, Págs., 504-505; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*... *Op. cit.*, Pág., 240.

es pacífica, lo que hace que a uno no le sea aplicable la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal y a la otra sí”⁷⁹⁷.

Por último, en opinión de MANZANARES SAMANIEGO las dos modalidades de usurpación pacíficas son delitos permanentes, lo que implica el reconocimiento de su condición de delitos de resultado⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 207. “Mientras que en los delitos de medios determinados la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad (ej.: el robo con fuerza en las cosas supone el empleo de una de las formas de fuerza previstas en el art. 238 CP), en los delitos resultativos basta cualquier conducta que cause el resultado típico (ej.: art. 138: “el que matare a otro”), sin limitación de modalidades de acción”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 235. “Los... [tipos de resultado o materiales], cuya realización exige un resultado, pueden hallarse formulados por la Ley “de modo libre”, es decir, incriminado la producción del resultado cualquiera que sea la forma de su realización, y “de forma vinculada”, esto es, precisando la clase de actividades de la que ha de dimanar el resultado dañoso. Estos últimos reciben también el nombre de *tipos con medios legalmente determinados*”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 442. “En algunos tipos la conducta se delimita por la exigencia del empleo de algunos *medios legalmente determinados* (art. 346: estragos; arts. 351 y ss.: incendios); por *el lugar* (art. 494: manifestaciones ante la sede del Congreso o del Senado); o por *el tiempo* (arts. 609 y ss.: delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, etc.)”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 260.

⁷⁹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913. “La opinión común entiende que las dos modalidades de usurpación pacífica son delitos permanentes lo que implicaría el reconocimiento de su condición de delitos de resultado, precisamente ese resultado que, como estado antijurídico creado por la acción punible, se prolonga en el tiempo. No es éste el lugar para profundizar en las discusiones doctrinales sobre el concepto de resultado. Basten por ello algunas consideraciones. De un lado, que la incorporación de otras personas a la actividad criminal permanente podría valorarse como coautoría o complicidad. Y de otro, que algunos autores trasladan a la nueva usurpación pacífica un segundo resultado que consistiría en la utilidad reportada, criterio éste más que discutible. Aparte de que actualmente la multa proporcional de la figura tradicional [sustituida por prisión desde la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal], recogida ahora en el número 1 de este art. 245, se fija atendiendo no sólo a la utilidad obtenida, sino también al daño causado (apuntándose así a un doble resultado conjunto o alternativo), ninguna referencia a una u otro contiene el número 2, castigado con multa no proporcional, y a esta diferencia se une la posibilidad de que la ocupación pacífica tenga un carácter puramente simbólico, faltando entonces, o pudiendo faltar, tanto la utilidad crematística (estimable o no) como el daño. Se ha escrito que la “ocupación” de un fundo de manera puramente simbólica, al aire libre y poniendo una bandera o un cartel con reivindicaciones de los ocupantes, difícilmente puede incluirse en la modalidad primera de la usurpación pacífica, pero lo contrario será cierto si, como aquí se sostiene, este tipo no incluye provecho material alguno... Respecto al grado de ejecución, procede insistir en la no exigencia de un resultado de utilidad o daño. Lo decisivo para la consumación es la ocupación misma o la paralela permanencia contra la voluntad de quien puede oponerse a ella”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Págs., 913-914.

La Jurisprudencia *menor* lo califica como delito de resultado pronunciándose expresamente sobre tal extremo con ocasión de diversos recursos y al analizar el grado de consumación del delito⁷⁹⁹.

⁷⁹⁹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2006, nº 465/2006, rec. 266/2006, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2006/399542): “En el Derecho Penal Español, uno de los elementos que configuran el delito es la tipicidad, pues sólo es delito la acción u omisión que sea penalmente típica, es decir, que esté descrita como delito en la Ley Penal (arts. 1.1 y 10 del Código Penal). Por lo tanto, la conducta descrita por la Ley Penal como delito es, en principio, una conducta antijurídica, pues la tipicidad penal de la conducta supone que dicha conducta ha infringido la prohibición legal de ejecutarla o ha infringido el mandato legal de ejecutarla, según los casos; siendo, por lo tanto, la tipicidad penal indicio de la antijuridicidad penal de la conducta, que es otro de los elementos del delito; y ello es así por cuanto que el Legislador tipifica como delito conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, de forma que al ejecutar la conducta penalmente típica, haciendo el autor de dicha conducta lo que el Derecho prohíbe que se haga o no haciendo lo que el Derecho manda que se haga, se lesiona o pone el peligro el bien jurídico que el Legislador trata de proteger con la tipificación penal de la conducta. Ahora bien, puede ocurrir que una conducta penalmente típica no sea antijurídica, lo que sucederá cuando la conducta penalmente típica aparezca jurídicamente legitimada por una causa de justificación, como podrían ser la legítima defensa, el estado de necesidad cuando el mal causado sea de menor valor que el mal que se trata de evitar, el obrar en cumplimiento de un deber, el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o el consentimiento del ofendido en los casos legalmente previstos, pues la concurrencia de una causa de justificación convierte en lícita la conducta penalmente típica, ya que dicha causa de justificación viene a legitimar jurídicamente la ejecución de la conducta tipificada penalmente en abstracto por el Legislador. Por otro lado, la ausencia del desvalor del resultado, propia de la tentativa de delito, ausencia precisamente derivada de no producirse el resultado finalísticamente perseguido por el autor de la conducta penalmente típica, no determina la licitud de la conducta, pues *el Derecho, en relación con los delitos de resultado, no prohíbe en sentido estricto la producción del resultado previsto en el tipo penal, sino que prohíbe la realización de la acción dirigida a la producción del resultado típico; y prueba de ello es la punición en el Derecho Penal Español de la tentativa de delito. Los fundamentos jurídicos que se acaban de exponer en los dos anteriores párrafos vienen al caso por cuanto este Tribunal de apelación considera que los hechos que se describen en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida son constitutivos del delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2 del Código Penal, si bien dicho delito aparece ejecutado en el grado de tentativa del art. 16.1 del Código Penal. Ello es así por cuanto en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida se describe con contundencia que el acusado llegó a penetrar en la vivienda que le era ajena; que entró contra la voluntad del titular de la posesión de la vivienda, pues para entrar el acusado forzó la puerta de entrada a la vivienda; que el acusado entró en la vivienda con el concreto ánimo de habitarla; y que no llegó a la ocupación efectiva de la misma, entendiéndose dicha ocupación como habitar con una cierta permanencia en la vivienda, entendimiento que resulta de una interpretación gramatical del término "ocupare" que implica habitar la casa (acepción 4 del término ocupar en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua), por causa independiente y ajena a la estricta voluntad del acusado, pues la huida de éste de la vivienda a la que acababa de entrar se debió a la intervención policial. Es decir; el acusado dio principio a la ejecución del delito de usurpación de inmuebles previsto en el art. 245.2 del Código Penal, iniciando dicha ejecución por hechos externos, como fue el forzamiento de la puerta de la vivienda y la entrada en la misma, que hubieran llevado, si dicha ejecución no se hubiera visto interrumpida por la presencia policial, a la consumación del delito mediante la ocupación o habitación de la vivienda por el acusado; con lo que el acusado cometió el indicado delito en grado de tentativa. Desvirtuándose así la circunstancia fundamental por la que se absolvió al acusado en la sentencia recurrida, cual fue que la detentación de la vivienda fuera esporádica, pues en la intención del acusado, como se destaca en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida, era el de habitar en la vivienda, siendo lo realmente ocurrido que el acusado desistió de la ocupación al verse sorprendido por la Policía”. Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 73/2014, rec. 38/2014, Pte: García Pérez, Juan Jacinto (EDJ 2014/141246): “Ahora bien, el motivo del recurso que se formula como subsidiario y tendente a que se aprecie que el delito objeto de condena en la resolución de instancia como ejecutado en grado de tentativa del art 16.1 del CP, ha de venir estimado. Partimos de que estamos ante un supuesto de penetración y acceso a una vivienda, tras forzar su puerta de entrada, y del hecho indubitado de que en un corto lapso de tiempo, muy corto, dicho acceso y presencia en la misma quedó sin efecto ante la presencia policial, de modo que siendo congruentes ha de concluirse, con arreglo a ambas circunstancias indubitadas, que dicha conducta*

de acceso y presencia no autorizada no es atípica, *pero que ha de apreciarse en grado de tentativa, ya que no llegó a producirse el resultado finalísticamente perseguido por la autora de tal conducta penalmente típica. No llegó a producirse dicho resultado, pues, pese a resultar inconcluso que la acusada Marina llegó a penetrar en la vivienda que le era ajena, que entró en contra de la voluntad de la titular de la posesión de la misma, que lo hizo acompañada de otras personas forzando la puerta de entrada, que lo hizo con el concreto ánimo de habitarla, etc., a la postre, no llegó a la ocupación efectiva del inmueble, por causa independiente y ajena a su estricta voluntad*, cual la intervención policial muy poco después de su entrada y que dio lugar a su desalojo... entendiéndose dicha ocupación como habitar con una cierta permanencia en la vivienda, entendimiento que resulta, como se propone en el escrito de recurso, de una interpretación gramatical del término. En definitiva, la acusada dio principio a la ejecución del delito que nos entretiene, iniciando dicha ejecución por hechos externos, como fue el forzamiento de la puerta de acceso y la entrada a su interior, que hubieran llevado a su ejecución completa si no se hubiera visto interrumpida por la llamada y aviso del vecino a la policía y subsiguiente presencia inmediata de los funcionarios policiales; interrupción de la consumación, es decir, de una real ocupación o habitación de la vivienda por parte de la acusada... (para un caso similar vid. SAP de Madrid, sección 6ª, de 24-11-2006)". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 23-2-2015, nº 146/2015, rec. 291/2015, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2015/30641): "A propósito del delito de usurpación intentado, recoge la Sentencia núm. 465/2006 dictada por la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial en fecha 24 de noviembre de 2006 que "la ausencia del desvalor del resultado, propia de la tentativa de delito, ausencia precisamente derivada de no producirse el resultado finalísticamente perseguido por el autor de la conducta penalmente típica, no determina la licitud de la conducta, pues *el Derecho, en relación con los delitos de resultado, no prohíbe en sentido estricto la producción del resultado previsto en el tipo penal, sino que prohíbe la realización de la acción dirigida a la producción del resultado típico; y prueba de ello es la punición en el Derecho Penal Español de la tentativa de delito... el acusado dio principio a la ejecución del delito de usurpación de inmuebles previsto en el art. 245.2 del Código Penal*, iniciando dicha ejecución por hechos externos, como fue el forzamiento de la puerta de la vivienda y la entrada en la misma, que hubieran llevado, si dicha ejecución no se hubiera visto interrumpida por la presencia policial, a la consumación del delito mediante la ocupación o habitación de la vivienda por el acusado; con lo que el acusado cometió el indicado delito en grado de tentativa". En relación al resultado la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel (EDJ 2008/362969), dice: "Por consiguiente, el acto perturbador debe interferir de manera mensurable y relevante en los derechos posesorios que ostenta el titular, en particular el de goce de la cosa y el de aprovechamiento de sus frutos y rentas. Es el contenido objetivo del derecho lo que debe resultar lesionado. *La ocupación penalmente relevante debe equivaler en su resultado antijurídico no sólo a un acceso a la posesión, como describe el artículo 438 CC, sino a una exclusión del legítimo titular del ius possidendi a su disfrute pacífico y a las utilidades que constituyen una consecuencia derivada del mismo*". Con las mismas o similares palabras, Vid.: Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 4-5-2004, nº 463/2004, rec. 495/2004, Pte: Hernández García, Javier (EDJ 2004/71415); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 6-7-2007, nº 166/2007, rec. 10/2006, Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2007/202155); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 2-7-2008, nº 403/2008, rec. 177/2008, Pte: Escribano Parreño, José Andrés (EDJ 2008/165063); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/197095); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 3-12-2010, nº 343/2010, rec. 152/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/402594); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2011/395951); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 16-10-2012, nº 323/2012, rec. 189/2012, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2012/379875); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 5ª, S 14-5-2013, nº 227/2013, rec. 1129/2012, Pte: Fariña Conde, Victoria Eugenia (EDJ 2013/111743); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 27-10-2014, nº 684/2014, rec. 1351/2014, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2014/230738). Con evidente confusión con la usurpación propia o violenta, la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-4-2006, nº 249/2006, rec. 143/2006, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2006/86614), al desestimar el recurso de apelación y confirmar la condena por un delito del art. 245.2 en el que no sólo no se empleó violencia ni intimidación sino ni siquiera fuerza en las cosas, dice: "El art. 245.2 del Código Penal describe como delito ocupar sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular. Así pues como elemento subjetivo se exige la presencia de dolo; esto es, voluntad de realizar la usurpación y procurarse una utilidad o provecho económico. Como elemento

B) *Delito de actividad o mera conducta*⁸⁰⁰

objetivo, la acción consiste en ocupar (una cosa inmueble) o en usurpar (un derecho real inmobiliario ajeno). Tanto en uno como en otro caso, se requiere una apropiación y una coetánea desposesión del inmueble o derecho real. *El resultado exige*, además de la ocupación o usurpación efectivas, que reporte una utilidad y se cause un daño, en función de lo cual se determina la pena de multa a aplicar, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas. Además se exige una certeza sobre la ajenez de los bienes presuntamente usurpados”. Arrastra el mismo error la Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 20-4-2006, nº 22/2006, rec. 11/2006, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2006/74951); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 14-6-2007, nº 40/2007, rec. 16/2007, Pte: Carrión Matamoros, Alfonso (EDJ 2007/157221) al decir: “El delito de usurpación previsto y penado en el art. 245.2 del Código Penal sanciona la ocupación, sin la debida autorización, de un edificio ajeno, que no constituye morada, o, el mantenimiento en él contra la voluntad de su titular. Con relación al tipo subjetivo se exige la presencia de dolo; esto es, voluntad de realizar la usurpación y procurarse una utilidad o provecho económico. Sobre el tipo objetivo, la acción consiste en ocupar (una cosa inmueble) o en usurpar (un derecho real inmobiliario ajeno). Tanto en uno como en otro caso, se requiere una apropiación y una coetánea desposesión del inmueble o derecho real. *El resultado exige*, además de la ocupación o usurpación efectivas, que reporte una utilidad y se cause un daño, en función del cual se determina la pena de multa a aplicar, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas”.

⁸⁰⁰ “Según la modalidad de realización se puede hablar de delitos de *mero comportamiento* y delitos de *resultado*. En los primeros, a efectos de su consumación basta con la realización de la acción o de la omisión como tal (ej., de actividad... conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes... contraer segundo o ulterior matrimonio sin hallarse disuelto el anterior; ej., de omisión, no socorrer a una persona). Para la realización del delito o injusto basta entonces con llevar a cabo un determinado comportamiento”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 260-261. “Delitos de mera actividad, que no requieren la producción de un resultado material, lo cual no quiere decir que no tengan resultado (sí tienen, como todos los delitos, un resultado típico o jurídico: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico). Ejemplo: el falso testimonio (art. 458) o el delito de injuria (art. 208). Estos delitos se consuman desde el momento en que se realiza la acción, sin exigir resultado material alguno”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 115. “En los delitos de mera conducta el tipo sólo requiere una determinada conducta, activa o pasiva, sin necesidad de un ulterior resultado distinto de aquélla. Pueden ser a su vez delitos de mera (pura) actividad o de acción (o de conducta activa), que requieren algún acto positivo del sujeto, como el falso testimonio sin perjuicio ni beneficio para el reo (art. 458.1), la violación (art. 179) o el intrusismo (art. 403); o delitos de omisión propia (o pura) o de conducta omisiva, que requieren sólo la no realización de una conducta debida (mediante pura pasividad o, casi siempre, mediante otras actividades distintas a la debida) como la omisión de socorro (art. 195), la omisión de impedir o denunciar delitos (art. 450) o la desobediencia y la denegación de auxilio por funcionario (arts. 410-412). En ambos casos basta para la consumación con la conducta activa u omisiva acompañada de todas las circunstancias típicas, pero sin necesidad de producir ningún resultado; y por eso mismo no cabe frustración (tentativa acabada) en los delitos de mera conducta, pues en cuanto se lleva a cabo toda la actividad o toda la conducta omisiva, ya se han consumado. En cuanto a la tentativa (inacabada), aunque un sector niega su posibilidad, cabe en los delitos de mera actividad, y no sólo en los compuestos de varios actos (en que se puede realizar alguno sin completar el o los siguientes), sino también en los de un solo acto, ya que la tentativa comienza ya cuando el autor se dispone inmediatamente a realizar el primer acto típico. En los delitos de pura omisión, aunque parece más difícil admitirla (ya que se puede aducir que, aunque el sujeto se dispusiera a omitir, o lo hace y ya hay consumación, o acaba cumpliendo el deber y el hecho es impune), también es posible conceptualmente la tentativa; pues el sujeto puede disponerse inmediatamente a omitir su deber e incluso comenzar el acto para retirarse y sin embargo no poder omitir por quedar en ese momento inconsciente por desmayarse (imposibilidad de actuación que excluye la omisión), o por llegar entonces un tercero que socorre a la persona en peligro, o incluso por obligarle terceros a que cumpla su deber, lo que no significaría impunidad por suponer un desistimiento involuntario de la tentativa. Sin embargo, hay que reconocer que en los delitos omisivos habrá considerables dificultades probatorias para demostrar que el sujeto quería y se disponía a omitir. Por último, tanto en los delitos de conducta activa como omisiva cabe sin problemas la tentativa inidónea o imposible (si ésta se admite en la correspondiente legislación y en la nuestra será punible si *ex ante* parece objetivamente verosímil la consumación). Por otra parte es dudoso si en los delitos de pura actividad cabe autoría mediata; ello depende de si se entiende que es o no posible realizar las actividades a través de

Otro sector de la doctrina representado por QUERALT JIMÉNEZ, MESTRE DELGADO, y SERRANO PIEDECASAS, considera que nos encontramos ante un delito de mera actividad⁸⁰¹.

En relación a la usurpación propia o violenta, y aplicable a la impropia o pacífica, MESTRE DELGADO dice: “esta acción típica configura un delito de mera actividad pues el acto de ocupación no precisa de resultado típico alguno”⁸⁰².

Por su parte, SERRANO PIEDECASAS argumenta la naturaleza del delito como de actividad por no existir un resultado de utilidad o daño y no mediar violencia ni intimidación en la conducta⁸⁰³.

En ocasiones lo ha calificado la Jurisprudencia *menor* como delito de mera actividad⁸⁰⁴.

intermediario”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 164-165.

⁸⁰¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., Pág., 446. “Como delitos de actividad que son, las distintas modalidades del delito de usurpación se consuman con la realización de la acción típica (ocupar el inmueble, mantenerse en él contra la voluntad de su titular...), pudiendo ser sancionados, en forma de tentativa (inacabada) cuando la acción delictiva se interrumpa, contra la voluntad de su autor, sin que éste haya realizado todos “los actos que objetivamente deberían producir el resultado” (art. 16.1 del Código)”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... Op. cit., Pág., 347. “Se trata de un delito permanente de mera actividad”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... Op. cit., Pág. 416.

⁸⁰² MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... Op. cit., Pág., 343.

⁸⁰³ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... Op. cit., Pág. 422.

⁸⁰⁴ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 12-7-2000, rec. 480/2000, Pte: Joshi Jubert, Ujala (EDJ 2000/49414): “De acuerdo con el art. 245.2 C.P. “el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificios ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. *Es un tipo de mera actividad que por lo tanto se consuma con la mera realización de la acción descrita en el tipo, tanto de sus elementos objetivos como subjetivos, es decir, es necesario la ocupación sin autorización y la voluntad de ocupar de forma más o menos permanente la vivienda*. Recordemos brevemente los hechos declarados probados en ambas sentencias: En fecha 22 de junio de 1997 sobre las 11,30 Juan y Consuelo mayores de edad y sin antecedentes penales, tras romper un candado y un vidrio, entraron en la vivienda

C) *Toma de postura*

Si por resultado entendemos una modificación del mundo exterior a consecuencia de un movimiento corporal del sujeto que realiza la acción y que la ley toma en consideración para imputársela jurídico-penalmente a su autor, entendemos que

sita en la calle R., núm...., bajos interior segunda, de Santa Coloma de Gramanet (Barcelona) y sin otro propósito que el de permanecer en su interior, se dispusieron a ver la televisión, hasta que fueron expulsados por la policía sobre las 13:15 al ser alertados por un vecino. La vivienda estaba desocupada desde el mes de febrero anterior por fallecimiento de su propietaria María. La recurrente no pone en duda su ánimo de ocupar la vivienda sin autorización, sino sólo el grado de ejecución alcanzado. Y respecto de ello, no cabe duda de que se han realizado todos los actos descritos en el tipo: se ha entrado en una vivienda ajena forzando el candado, se ha permanecido en ella, y según la recurrente, con intención de habitarla. El delito está pues consumado. Procede, pues, la desestimación del primer motivo del recurso". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, A 18-5-2005, nº 214/2005, rec. 457/2004, Pte: Polo García, Susana (EDJ 2005/175860): "Tal y como se desprende de la causa, la juez instructora acuerda la apertura de Juicio Oral contra Penélope como presunta autora de un delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal, sin que la misma invoque causa de justificación alguna relativa a los elementos integrantes del tipo penal, únicamente relativos a una situación de estado de necesidad. Si bien es cierto que el ordenamiento civil dispensa una importante tutela a los titulares del patrimonio inmobiliario por vía del art. 441 y siguientes, del Código Civil, en todo caso el legislador introdujo en el Código Penal de 1995 la nueva figura que se imputa para dar una respuesta penal a la actividad del "okupa", lo que implica, al margen de la procedencia o no, desde un punto de vista de política criminal, de la tipificación de esta conducta, la figura debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales. El delito imputado a Penélope *es un delito permanente de mera actividad, por lo que los efectos antijurídicos creados se mantienen hasta que se produce el desalojo*, a diferencia de otras figuras delictivas, motivo por el cual debe ser ordenado el desalojo de la vivienda para que cese el efecto antijurídico de la acción, al margen de la culpabilidad que será objeto del juicio oral". Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): "La ocupación pacífica de un inmueble, vivienda o edificio que no constituya morada... *Se trata de un delito permanente de mera actividad, por lo que los efectos antijurídicos creados se mantienen hasta que se produzca el desalojo... Sin embargo, al no existir un resultado de utilidad o daño y al no mediar violencia o intimidación en la conducta del autor de los hechos nos encontramos ante un delito de mera actividad que se consuma con la ocupación no esporádica sino permanente o la permanencia en el edificio en contra de la voluntad del dueño*. Algún autor opina que la secuencia temporal que supone la realización de los hechos admite un principio de ejecución. No es de esta opinión la Audiencia Provincial que condena sólo por el art. 245.2 y no en relación con la tentativa acabada del art. 16 del Código penal: "...tras forzar la puerta de acceso a la vivienda con un hierro, tomó posesión de la misma (vivienda), viéndose frustradas sus expectativas de residir en el lugar por la presencia policial" (SAP Barcelona 13.2.2002). Las razones que llevan al Tribunal a estimar la consumación del delito se basan en una aplicación amplia y no restrictiva del precepto: "la permanencia en el disfrute de la vivienda no es un requisito exigido por el tipo penal, el cual sólo exige la ocupación sin autorización debida... la intención de permanencia pertenece a la fase de agotamiento del delito". Interpretar la ocupación en términos de permanencia (objetiva), como viene haciéndolo la mayoría de la jurisprudencia no contradice el principio de legalidad, aunque hagamos una crítica inicial a la penalización del tipo". Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 13-9-2013, nº 323/2013, rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/181527): "El hecho de que no se hayan acreditado "las operaciones de venta o alquiler frustradas por la ocupación de la vivienda" es irrelevante puesto que *el tipo penal descrito en el artículo 245.2 del Código punitivo no requiere la causación de un resultado material (más allá de la ocupación en sí misma) perjuicio o daño*, y ello, claro es, sin perjuicio de que, de producirse, haya de ser indemnizado en aplicación de lo dispuesto en los artículo 110 y concordantes del referido Código". Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 20-6-2014, nº 189/2014, rec. 408/2013, Pte: Molina Romero, Lourdes (EDJ 2014/196266): "*Se trata de un delito permanente de mera actividad, por lo que los efectos antijurídicos creados se mantienen hasta que se produzca el desalojo*".

en la modalidad de ocupación nos encontramos ante un delito de resultado, pues la penetración en el inmueble que no es propio, o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida, y que perturba a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo, supone esa modificación del mundo exterior, máxime si para acceder al mismo no se emplean medios subrepticios o clandestinos sino fuerza en las cosas *v. gr.*, rotura de cristales, de puerta, cambio de cerradura... Situación (modificación del mundo exterior) que se prolonga en el tiempo por voluntad del sujeto activo dado su carácter permanente.

Mayores dificultades puede plantear la *conducta alternativa de mantenerse* donde difícilmente podría concebirse esa modificación del mundo exterior si la entrada en el inmueble fue previamente consentida (como necesariamente ha de producirse para que se dé esta segunda modalidad típica), salvo que como indica MANZANARES SAMANIEGO, consideremos que el carácter permanente del delito implique el reconocimiento de su condición de delito de resultado. O bien se entienda con BLANCO LOZANO que sería resultado la efectiva permanencia frente a la oposición expresa del titular. Por su parte la Jurisprudencia *menor* estima el resultado como una exclusión del legítimo titular del *ius possidendi* a su disfrute pacífico, así como a las utilidades que constituyen una consecuencia derivada del mismo. Todos estos argumentos (que aunque genéricamente empleados por la Doctrina y Jurisprudencia en realidad van referidos a la modalidad de ocupar) son razones que abonarían la consideración de que esta segunda modalidad típica pudiera constituirse también como un delito de resultado. Pero, su naturaleza de delito de omisión pura llevaría a descartarlos, lo que determinaría la necesaria conclusión de que estamos en presencia no de un delito de resultado sino de un delito de mera inactividad⁸⁰⁵.

⁸⁰⁵ Vid., MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* *Op. cit.*, Págs., 504-505; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* *Op. cit.*, Pág., 240. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 4-5-2004, nº 463/2004, rec. 495/2004, Pte: Hernández García, Javier (EDJ 2004/71415); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 6-7-2007, nº 166/2007, rec. 10/2006, Pte: Vielba Escobar, Carlos (EDJ 2007/202155); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 2-7-2008, nº 403/2008, rec. 177/2008, Pte: Escribano Parreño, José Andrés (EDJ 2008/165063); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/197095); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ

3.2.8.- FORMAS DE COMISIÓN ACTIVAS Y EN COMISIÓN POR OMISIÓN: NO IMPEDIR LA OCUPACIÓN

Puesto que la primera modalidad delictiva del artículo 245.2 del Código Penal es de acción, sostiene MANZANARES SAMANIEGO y HERRERO HERRERO que cabe la autoría por omisión impropia de quien ostenta la condición de garante para evitar el acceso del intruso. Piénsese *v. gr.*, en el guardia que incumple sus deberes y permite la ocupación⁸⁰⁶.

En la misma línea doctrinal se muestra ROCA AGAPITO, quien considera que al ser un delito de resultado, ello “permite tanto las formas de comisión activas, que son las habituales, como omisivas (por ejemplo, vigilante de seguridad que no hace nada por impedir la ocupación del inmueble [y al que] se le podría imputar una usurpación en comisión por omisión, siempre y cuando –claro- se diesen todos los requisitos del art.

2010/317163); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 3-12-2010, nº 343/2010, rec. 152/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/402594); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2011/395951); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 16-10-2012, nº 323/2012, rec. 189/2012, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2012/379875); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 5ª, S 14-5-2013, nº 227/2013, rec. 1129/2012, Pte: Fariña Conde, Victoria Eugenia (EDJ 2013/111743); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 27-10-2014, nº 684/2014, rec. 1351/2014, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2014/230738). Parece descartar MANZANARES SAMANIEGO que la modalidad alternativa de mantenerse sea un delito de resultado cuando dice: “La modalidad pasiva, es por su carácter de delito de omisión propia, una figura de mera inactividad, lo que parece impedir la apreciación de formas imperfectas”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 914. “De la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de omisión pura, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*... *Op. cit.*, Pág., 318. “En los delitos puros de omisión... Su estructura es pareja a la de los delitos de simple actividad, por lo que también recibe el nombre de *delitos de simple inactividad*: en ellos la ley no exige la producción de un resultado, en el sentido de una modificación del mundo exterior”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*... *Op. cit.*, Pág., 385.

⁸⁰⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 222; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 909. “Esta conducta [ocupar] puede llevarse a cabo, asimismo, a través de comisión por omisión (art. 11 del CP). Así, por ejemplo, si el responsable de evitar que el inmueble sea ocupado, se inhibe, indebidamente, ante la ocupación de terceros”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales*... *Op. cit.*, Pág., 160.

11 CP)”. Igualmente, SERRANO PIEDECASAS para quien “dada la inexistencia de un ánimo de lucro cabe realizar el tipo, por vía comisiva u omisiva”⁸⁰⁷.

⁸⁰⁷ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 202. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 420. “En los tipos de resultado, la posibilidad de realización omisiva queda reducida a los supuestos previstos en el artículo 11”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Pág., 442. “El comportamiento humano penalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada “acción” en el artículo 10 del Código Penal, y que también puede llamarse “comisión”, y un no hacer algo (o hacer algo distinto a lo debido), en principio considerada como conducta pasiva, denominada “omisión” en el mismo artículo. Dentro de los delitos... de omisión, se distingue entre los llamados de omisión pura o propia y los de omisión impropia, también denominados de comisión por omisión, para cuya diferenciación suelen los primeros vincularse a los delitos formales o de simple actividad y los segundos a los delitos materiales o de resultado externo. Así diferencia Luzón Peña, en la omisión propia el sujeto se limita a no intervenir ante un peligro ya existente para combatirlo, dejando que siga su curso y sin que responda del resultado, en tanto en la comisión por omisión, ésta crea, desencadena o incrementa el peligro de cuyo resultado responde el sujeto”. LUZÓN CUESTA, J.M.: << Libro I. Título I.- De la infracción penal. Artículo 11 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.M., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Pág., 42. “Junto a los delitos de hacer activo y de omisión pura aparece una tercera modalidad que participa de la estructura típica de los dos: la llamada comisión por omisión (o, para algunos autores, también omisión impura o impropia). En cierto modo, la comisión por omisión constituye una forma mixta o híbrida de realización de la conducta: por un lado, consiste en la infracción de una norma prohibitiva (como ocurre en los supuestos de acción positiva) y, por otro, el delito consiste en un no hacer (como en los casos de omisión pura o propia)... El Código penal español de 1995 incorpora, en el artículo 11, una importante novedad regulativa en lo que a los delitos de comisión por omisión se refiere: una cláusula general de equiparación de la omisión a la acción”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II*... *Op. cit.*, Págs., 67-69. Dispone así el referido artículo 11 del Código Penal: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. “Los delitos... de comisión por omisión, son los previstos en este artículo 11, en que, mediante un no hacer lo que se estaba obligado y podía realizar, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera producido mediante una conducta activa. Aunque entorno a estos delitos, se ha especulado sobre la existencia o no de causalidad, el problema fundamental es delimitar los posibles sujetos activos, pues, así como en la omisión propia la concurrencia de la situación típica exige, generalmente por una razón de solidaridad humana, un determinado actuar a todos los que se encuentran ante la misma, en la comisión por omisión ha de determinarse por qué a una persona era exigible un determinado comportamiento y no a las demás, por qué se imputa el resultado a aquél y no a éstos. Para concretar quiénes son esas personas obligadas a actuar, Nagler formuló la doctrina de la posición de garante o deber de garantía, según la cual el Derecho exige en cada caso a una persona determinada que garantice que el resultado no se produzca, habiéndose elaborado, para determinar los criterios de atribución de tal condición, la teoría formal del deber jurídico y la llamada teoría de las funciones. El Código establece las fuentes de tal condición de garante, concretadas en una específica obligación legal o contractual de actuar o en la previa creación de un riesgo, siguiendo la primera teoría”. LUZÓN CUESTA, J.M.: << Libro I. Título I.- De la infracción penal. Artículo 11 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.M., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E... *Op. cit.*, Pág., 42. “El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura; a) situación típica; b) ausencia de acción determinada; c) capacidad para realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo... La posición de garante integra necesariamente la situación típica (a) de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de acción determinada (b) debe seguir en ellos la

producción de un resultado. Y la capacidad de acción (c) debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado. Si el primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación típica base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación la posición de garante por parte del autor. Se da cuando corresponde al sujeto una específica *función de protección del bien jurídico* afectado o una *función personal de control de una fuente de peligro*, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en "garante" de la indemnidad del bien jurídico protegido... Se trata de la "teoría de las funciones"... que fundamenta la posición de garante en la relación funcional *materialmente* existente entre el sujeto y el bien jurídico. Se supera así la anterior doctrina de la "teoría formal del deber jurídico", que para decidir la existencia de posición de garante atendía a sus fuentes formales (generalmente se mencionaban la ley, el contrato y el actuar precedente)... La posición de garante es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su causación positiva y castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción... En otras palabras: no todo aquel que omite evitar la producción de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino *sólo determinadas personas* que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica posición de garante... Si el segundo momento de la estructura típica de todo delito de omisión es la ausencia de la acción debida, a ella debe seguir en los de comisión por omisión la producción de un resultado. Por ello, mientras que los delitos de omisión pura (en que basta la ausencia de acción) son tipos de mera actividad, los de comisión por omisión son *tipos de resultado*. Importa, sin embargo, subrayar que no toda omisión jurídico-penal a la que sigue un resultado constituye comisión por omisión, sino que además es precisa la concurrencia de la posición de garante y la capacidad de evitar el resultado en el autor. De lo contrario, pese a la presencia del resultado, cabrá a lo sumo (si así lo permite la ley) apreciar un delito de omisión pura... Por último, junto a la capacidad de realizar la acción debida, en los de comisión por omisión es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado, de haber interpuesto la acción indicada. Tal poder faltará cuando la acción positiva indicada de nada sirva para evitar el resultado, porque de todas formas vaya a producirse. Lo anterior es suficiente, y no hace falta, además, demostrar la presencia de una verdadera relación de causalidad entre la omisión y el resultado... Lo decisivo en la comisión por omisión no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino sólo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo ("causalidad hipotética", ya que hubiera concurrido en el caso hipotético de que hubiese podido evitar el resultado)... En cualquier caso, resulta imposible sostener que un resultado *positivo* pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un *no hacer* (*ex nihilo nihil fit*). Lo que sucede en los delitos de comisión por omisión es, pues, que para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística, sino que basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante".

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 324-337. Vid., POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Págs., 67-74; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 555-591; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 389-395; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Págs., 108-109; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 385-389; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 305-319; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 382-388; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 241-248; PEÑARANDA RAMOS, E.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 3.- Tipicidad en los delitos omisivos >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 156-166; SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*. Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2005; RODRÍGUEZ MESA, Mª.J.: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2005. Dispone el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-1-1999, nº 726/1998, rec. 3823/1997, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 1999/96); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 27-11-2001, nº 2230/2001, rec. 1588/2000, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2001/54053); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 10-12-2001, nº 2392/2001, rec. 1141/2000, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2001/53363); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 25-4-2005, nº 537/2005, rec. 2198/2003, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2005/131407): "El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada "acción", que también podemos llamar "comisión", y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada "omisión". Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios o puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión. La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos

que comparte con la omisión pura o propia como son: a) Una situación típica. b) Ausencia de la acción determinada que le era exigida. c) Capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo". Con similares palabras: Tribunal Supremo Sala 2ª, S 28-1-1994, rec. 531/1992, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 1994/24062); y Tribunal Supremo Sala 2ª, S 28-5-2013, nº 459/2013, rec. 11039/2012, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2013/89573). Dispone el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-3-2010, nº 358/2010, rec. 11215/2009, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2010/61234): "El artículo 11 del Código Penal de 1995 ha venido a establecer que la no evitación del resultado, cuando se trata de delitos que consisten precisamente en su producción, se considerará comisión por omisión si equivale a la causación según el sentido del texto de la Ley, si el autor ha infringido un especial deber jurídico. Al respecto me parece oportuno realizar las siguientes consideraciones. 1.- Del mero no hacer no cabe derivar responsabilidad penal por el delito que consiste en la producción de un resultado. Si no se requiriera algo más, esta responsabilidad sería predicable de todos cuantos nada hicieron. Ese algo más tampoco puede circunscribirse a un deber formal de actuar impuesto jurídicamente a sujetos determinados. Éstos han de encontrarse en una determinada relación con el bien jurídico a que concierne el tipo penal: la posición de garante. Esta calidad le deriva una obligación de protección de un bien jurídico o de vigilancia y control de fuentes de riesgo que afectan a ese bien. La responsabilidad penal requiere un elemento material: la equivalencia entre el no hacer del garante y la causación activa del resultado. Se trata, por un lado, de una equivalencia normativa. Es irrelevante que la omisión suponga infracción de norma preceptiva (de la acción esperada) y la comisión de norma prohibitiva (de la acción ejecutada). Ambas vulneran la norma de no lesionar el bien jurídico. Desde la perspectiva axiológica del merecimiento de pena, han de tenerse por equivalentes. El no hacer y el hacer del sujeto, que causa el resultado típico, deben tener el mismo y único fundamento material del injusto. Pero, desde la perspectiva del principio de legalidad, a fin de evitar extensiones constitucionalmente inadmisibles, ha de estarse al sentido que en el texto de la ley tiene el comportamiento típico. Esta es una exigencia previa. Nadie puede ser penado si un enunciado legal inequívoco no tiene preestablecido las consecuencias del comportamiento. La cognoscibilidad de esas consecuencias pasa por el respeto al sentido del texto de la ley. Solo cuando éste es respetado caben subsiguientes valoraciones. En el caso del homicidio, el no hacer equivaldrá al texto "matar a otro", en el sentido que el legislador utiliza para tipificar el homicidio, cuando en el lenguaje pueda describirse de manera generalizada que quien se comporta omitiendo lo hace para que la muerte se produzca y se entienda, sin violencia en la expresión, que efectivamente "mata". Es entonces cuando podrá valorarse si del comportamiento omisivo cabe predicar su carácter injusto por la misma razón que se predica la producción activa del resultado lesivo para el bien jurídico de la vida, que ambos lesionan o ponen en peligro. Pese a la diversidad ontológica entre el modo comisivo y el omisivo de matar, ambos comportamientos homicidas, desde la perspectiva normativa, se equiparan en su estructura y, según afirma algún sector de la doctrina, en su configuración material como modos de dominio (control) sobre el riesgo típico. Así ocurre en el caso de la madre que abandona al recién nacido, sin posibilidad de que este reciba asistencia alguna, de cuya falta deriva la muerte del abandonado. Nadie duda en utilizar en su lenguaje la expresión de que esa madre "mata" a su víctima. 2.- Resulta necesario, una vez establecida esa premisa, establecer cuáles sean los criterios de imputación que permiten esa equiparación, de manera que sea también salvaguardada la garantía constitucional de presunción de inocencia. a) Sustituido como criterio de imputación el de causación empírica, por la posición de garante respecto del bien protegido que ostenta el autor de la omisión, de naturaleza normativa, debe advertirse que esa posición no es suficiente por sí sola. Ni siquiera su exigencia se circunscribe a los delitos de comisión por omisión. Cabe infringir el deber inherente a tal posición sin rebasar el ámbito del delito de omisión pura (artículo 223 del Código Penal). Para atribuir ese deber a un sujeto, erigiéndolo en garante a los efectos de esta imputación, el artículo 11 del Código Penal acude a determinadas fuentes específicas posibles. En el caso que juzgamos no resulta dudoso que la recurrente estuviera sometida a ese deber específico. La condición de madre de la víctima le atribuía a la recurrente una posición institucional, en terminología doctrinal, o por mandato de la ley, en el lenguaje del citado precepto, con evidentes obligaciones de protección de la hija, de apenas un año de edad. b) Se requiere, además, que el cumplimiento del deber de garante se encuentre al alcance de la capacidad del obligado para actuar. Es decir para realizar acciones que le son exigibles. En el caso que juzgamos nada dice la sentencia que excluya esa capacidad respecto de acciones como la de poner fin a la convivencia (de ella y su hija) con el agresor, o procurar la intervención de alguna Autoridad. c) La producción (su no evitación, según dice el artículo 11 del Código Penal) de un resultado, de lesión o de peligro para el bien jurídico. Este es un elemento que viene exigido por el tipo en la comisión por omisión (artículo 11 del Código Penal). En el caso que juzgamos se produjo la muerte de la hija por la acción del tercero, padre de ésta. d) Ciertamente, quien omite no causa el resultado que, como hemos visto, ha de ocurrir. Es

cuestionable la posibilidad de proclamar una hipótesis sobre la efectividad obstativa del resultado a predicar de la acción esperada, que permita afirmar que la omisión es la causa hipotética del resultado. Pero debe constatar, al menos, para justificar la equivalencia con el autor activo, que el comportamiento omisivo crea o aumenta el riesgo para el bien jurídico protegido por el tipo penal. Aunque ello ha de entenderse en un sentido diferente al ontológico requerido para la imputación objetiva en los delitos de acción y resultado. Desde esa perspectiva la omisión no tiene nunca tal efecto. Aquí se considera tal relación como una valoración normativa, de equivalencia funcional. Y ello en una valoración *ex ante* dado que el desvalor considerado es el de la acción y no el del resultado. Ciertamente en la Jurisprudencia se ha venido recurriendo a la causalidad hipotética. En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad. (TS 26 de octubre de 2009 que reitera lo dicho en la STS de 2-7-2009). Se recoge ahí la posición dominante en la doctrina conforme a la cual ha de constatar que si el autor hubiera realizado la acción, hubiera sido causa de la no producción del resultado, con una probabilidad rayana en la certeza. En el caso que juzgamos poca duda puede suscitar, desde una perspectiva objetiva, que el mero recurso al cese de la convivencia o a la intervención auxiliadora de terceros y, singularmente, de la Autoridad, judicial o gubernativa, habría incidido en la situación de peligro en que fue situada la víctima respecto a la eventual reiteración de agresiones. Y que, así se habría, cuando menos, contribuido a conjurar el riesgo de comportamientos del otro acusado, como el que puso fin a la vida de la hija de ambos. e) Pero no basta con todo ello, sino que debe valorarse si la infracción del deber, tal como se atribuye al recurrente, da a su omisión el sentido que en el lenguaje de la ley tiene la expresión matar, en medida equivalente al sentido que se predica de quien mata de modo activo. Resulta cuando menos dudoso que en la hipótesis de mera pasividad ante la actuación del mecanismo letal desencadenado por la exclusiva acción de un tercero se pueda llegar a la equiparación de aquél no hacer con la acción homicida de éste. Y es ahí donde la garantía constitucional de presunción de inocencia reclama certeza, no de que el juicio lleva a conclusiones verdaderas, en cuanto correspondientes con la realidad, sino de calidad argumental como presupuesto de su aceptación, porque aleja todas las dudas, salvo las poco razonables. Por otra parte, no se trata solo de que la infracción del deber justifique una sanción. Si no de que el autor merezca, por ello, la misma pena que el autor por acción. Porque la no evitación, sin más, de un resultado no puede equivaler en desvalor que corresponde a su producción mediante una acción. Se ha podido decir en efecto, que el cumplimiento del deber de actuar es más gravoso que el de no actuar, por eso la infracción de aquél debe ser menos onerosa que la infracción de éste. La ausencia de aquel desvalor implicaría una quiebra de principios del Derecho Penal democrático como los de legalidad y ofensividad. La exigencia del principio de legalidad impide que la sanción conforme a los tipos de la parte especial se produzca si el comportamiento (omisión) imputada no equivale al sentido de la acción descrita en el tipo, y el de ofensividad impide preciar equivalencia si no concurre en el comportamiento omisivo el mismo contenido del injusto contenido en el tipo activo cuya pena se impone al que omite. El juicio de identidad que justifica la sanción penal del omitente, equiparada a la del autor que produce activamente el resultado, requiere que aquella identidad o equivalencia se produzca también entre la capacidad de control de la situación de riesgo por el que omite y la que tiene el que produce activamente el resultado sobre el proceso causal. Lo que solamente cabe afirmar que ocurra si todo lo que sucede en relación a la producción del resultado se puede valorar como obra de su voluntad. Esa capacidad ha de venir referida bien a la protección de un bien jurídico bien al control de la fuente de peligro para ese bien. Bajo una de esas dos modalidades debe poder afirmarse que el que omite tenía el dominio material y directo de la causa fundamental del resultado. Ello exige determinar el contenido de la acción esperada y omitida que hubiera evitado el resultado. Y que de ella pueda predicarse razonablemente, *ex ante*, que es capaz de evitar el resultado o, solamente, de disminuir el riesgo de que se produzca. f) Por lo que concierne al tipo subjetivo en la comisión por omisión hemos venido estableciendo (en nuestra Sentencia de 26 de octubre de 2009 que reitera lo dicho en la de 2-7-2009), que el dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tienen caracteres que si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos. La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido. Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente imputada al omitente. A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias 25-4 y 30-6-88, en las que sostuvo que: "en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que

Pese a ser, pues, teóricamente posible la realización de este delito en comisión por omisión si se dan los requisitos que establece el artículo 11 del Código Penal, FERNÁNDEZ APARICIO en contra de este criterio mantiene que “nos encontramos con un tipo que solamente admite una conducta activa; no caben modalidades omisivas, tanto propias como impropias”⁸⁰⁸.

A) Obligaciones del arrendatario, usufructuario, usuario y habitacionista

El Código Civil impone específicamente al arrendatario la obligación de poner en conocimiento del propietario toda usurpación que se haya realizado o que un tercero

generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción". En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir, también, a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS 950/97, de 27-6-1997). Por ello, quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente (STS de 24-10-90). Esta Sala, en Sentencias 25-4 y 30-6-88, sostuvo que "en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción". En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS. 950/97 de 27-6-1997). En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto a la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado, o cuando el obligado a realizar la acción no alcanza esta meta (impedir el resultado en los delitos impropios de omisión) por la forma descuidada o inadecuada en la que ejercita dicha acción por la que intenta dar cumplimiento al deber de garantía. Por ello en la STS. 12-11-90 se apunta que en la comisión por omisión imprudente se da una coincidencia entre el deber de garante y el deber de cuidado, aunque conceptualmente resulten diferenciables. Con tales premisas absolvimos a la madre que conoció las lesiones cuando éstas se evidenciaron, y sin aviso previo de que las mismas pudieran producirse, por lo que no resulta para la misma el requerido conocimiento de ninguna situación de peligro para la niña que determinara su deber de actuar en protección de la misma, poniéndola a salvo de las agresiones y lesiones; ni puede establecerse que omitió (en este caso) una actuación que le era debida. Y en la Sentencia de este Tribunal núm. 716/2009 de 2 de julio en la medida que el conocimiento de la situación de riesgo estaba ausente pero debería haber sido obtenido de actuar diligentemente, se confirmó la condena a título de imprudencia afirmando que: pudiendo sancionarse penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber con probabilidad rayana en la seguridad y que ello fuera previsible para el omitente. Tal opción resulta discutible si se considera que el omitente es un partícipe. Más aceptable resulta de considerarse que el que omite comete otro delito diverso del cometido por el que delinquiró por comisión. En el caso que juzgamos tampoco resulta dudoso que la recurrente conocía la situación de riesgo de reiteración de las acciones agresivas. Y con alta probabilidad la eventualidad de un resultado letal. Tampoco se cuestiona que, pese a ello, se mantuvo en una voluntaria pasividad”.

⁸⁰⁸ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1318.

abiertamente prepare sobre la cosa (art. 1559). Igualmente, el usufructuario debe poner en conocimiento del nudo propietario cualquier acto susceptible de lesionar el derecho de propiedad (art. 511). Lo mismo puede decirse del usuario y habitacionista al existir una remisión normativa al régimen legal del usufructo (art. 528). Por el contrario el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del inmueble por todo el tiempo del contrato (art. 1554).

Difícilmente podemos considerar que se encuentran en posición de garante el arrendatario, usufructuario, usuario y habitacionista cuando el Código Civil sólo les impone la obligación de comunicar la usurpación realizada o que se prepare realizar, pero no la salvaguarda de la propiedad. A diferencia del vigilante de seguridad, en aquéllos no existe una específica función de protección del bien jurídico, sino una mera obligación de comunicación. No están, por tanto, obligados a oponerse a la perturbación o usurpación proveniente de tercero que amenaza la propiedad, sino simplemente “a poner en conocimiento”⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹ En relación al arrendamiento dispone el artículo 1559 del Código Civil: *“El arrendatario está obligado a poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada. También está obligado a poner en conocimiento del dueño, con la misma urgencia, la necesidad de todas las reparaciones comprendidas en el número segundo del artículo 1.554. En ambos casos será responsable el arrendatario de los daños y perjuicios que por su negligencia se ocasionaren al propietario”*. Entiende LUCAS FERNÁNDEZ, en relación a este artículo, que “se refiere a toda clase de cosas objeto de arrendamiento. Su campo de aplicación será normalmente el de las fincas rústicas, quizá por esto el Código civil francés, en el artículo 1768, análogo a nuestro 1559, limitaba el ámbito del mismo a las fincas rústicas... Pero... pueden darse también en solares. También respecto a edificios: no ya con su posible ocupación total o parcial, hipótesis más rara, sino con ciertas inmisiones de tercero... No es de extrañar que los propios autores franceses hayan extendido la aplicación del precepto a los arrendamientos de fincas urbanas. Nuestro artículo 1559 no distingue, y debe entenderse... que comprende tanto las fincas rústicas como urbanas, y aun toda clase de cosas, porque aunque se restringiera el concepto de usurpación a los bienes inmuebles, no cabe duda de que el concepto de “novedad dañosa” podría permitir esa mayor extensión. Las usurpaciones y novedades dañosas son algo más grave para el dueño que las perturbaciones de mero hecho a que se refiere el artículo 1560. Aquéllas tienen o pueden tener una proyección jurídica en la misma plena propiedad del bien arrendado... Y no es preciso que la usurpación... se haya producido para que surja la obligación del arrendatario de notificarlo al arrendador. Basta al efecto que tenga conocimiento de una usurpación... que un tercero “abiertamente prepare en la cosa arrendada”, es decir, que se manifieste de un modo claro e indudable la preparación de tales actos por un tercero. El arrendatario que silencia tales actos por entender que son perturbaciones de mero hecho que no lesionan la propiedad o porque, en el caso de preparativos, no considere que van dirigidos a dicha lesión, lo silencia a su propio riesgo, e incurrirá en responsabilidad si después los Tribunales deciden que se trataba de usurpaciones o novedades dañosas realizadas o que abiertamente preparaba el tercero. La notificación, según el Código, debe realizarse al propietario, que de ordinario coincidirá con la posición de arrendador. Si así no fuere, creo bastante, que el arrendatario lo comunique al arrendador. Manresa estima que en caso de subarriendo debe el subarrendatario notificar al propietario y al subarrendador, por respeto a la letra del 1559 y por aplicación analógica del 1551. Deberá hacerse la notificación en el plazo más breve posible desde que el arrendatario tenga conocimiento de tales actos”. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: << Artículo 1559 >> en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XX. Vol. 1º-B. Artículos 1554 a 1582 del Código Civil*. ALBALADEJO, M., Y DÍAZ ALABART, S.

(DIRS.). Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas, 3ª edición. Madrid, 1997. Págs., 974-976. En el ámbito del usufructo establece el artículo 511 del Código Civil: *“El usufructuario estará obligado a poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubieran sido ocasionados por su culpa”*. Comentando este artículo dispone DORAL GARCÍA DE PAZOS: “El espíritu del precepto abarca, entiendo, tanto los actos materiales como jurídicos. Actos materiales. A ellos se refiere el término *usurpación*, que todavía conserva el artículo 1559, esto es, el empleo por el tercero de violencia [adviértase que desde el CP de 1995 la usurpación puede ser también pacífica]; estos actos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 444 del Código civil, no afectan a la “posesión”, pero, sin duda, son “capaces” de lesionar la propiedad... ya que pueden avocar a la pérdida o privación de la cosa o derecho... El usufructuario no está obligado a oponerse a la perturbación o usurpación proveniente de tercero que amenaza la propiedad, sino “a poner en conocimiento”... es preciso que a la no denuncia al nudo propietario de estos actos siga un daño real (ap. 2º) y a los Tribunales corresponde, apreciadas las circunstancias, valorar el perjuicio que puede sobrevenir, pese a que el propietario, sin preaviso, haya hecho cesar la usurpación”. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A.: << Artículo 511 >> en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo VII. Vol. 1º. Artículos 467 a 529 del Código Civil*. ALBALADEJO, M., Y DÍAZ ALABART, S. (DIRS.). Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas, 2ª edición. Madrid, 1992. Págs., 509-511. En el ámbito del derecho de uso y habitación dispone el artículo 528 del Código Civil: *“Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo”*. Se trata de “una norma general de reenvío al régimen del usufructo, a las disposiciones que no se opongan o sean incompatibles con la disciplina propia”. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A.: << Artículo 528 >> en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo VII. Vol. 1º. Artículos 467 a 529 del Código Civil*. ALBALADEJO, M., Y DÍAZ ALABART, S. (DIRS.). Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas, 2ª edición. Madrid, 1992. Pág., 652.

CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TIPO SUBJETIVO DE INJUSTO

SUMARIO: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TIPO SUBJETIVO DE INJUSTO 1.- Introducción 2.- Dolo 2.1.- Ausencia de modalidad imprudente 2.2.- Ocupación pacífica: Ocupación necesariamente dolosa 2.2.1.- ¿VOLUNTAD DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD? 2.2.2.- DOLO SOBREVENIDO 2.2.3.- DOLO EVENTUAL 3.- Otros elementos subjetivos del tipo de injusto 3.1.- Ánimo de lucro 3.1.1.- CONCEPTO 3.1.2.- DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES A) *Ánimo de lucro como finalidad trascendente a la acción* B) *Ánimo de lucro como parte integrante del dolo* C) *No necesidad de ánimo de lucro* D) *Toma de postura* 3.2.- Otros ánimos específicos 3.2.1.- PARTICULARIDAD DE MAGRO SERVET 3.2.2.- VOLUNTAD DE PERMANENCIA 3.2.3.- VOLUNTAD DE MORAR EN EL INMUEBLE 4.- Error 4.1.- Ignorancia vs., error 4.2.- Los objetos del error 4.3.- El error sobre el tipo 4.3.1.- ERROR SOBRE EL TIPO DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL A) *Error sobre la existencia o alcance de la autorización* B) *Error sobre la ajenidad del inmueble* C) *El error debe ser probado por quien lo alega para que sea eficaz* D) *Precisiones conceptuales a los supuestos de error*

1.- Introducción

El tipo de injusto no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego sino que como entiende la *teoría final de la acción* es un proceso causal dirigido por la voluntad consciente hacia un fin, a diferencia del mero acontecer causal. Ello implica que ya a nivel de tipicidad ha de tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (determinación del fin, selección de medios, previsión de los efectos concomitantes, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado *tipo objetivo*) como subjetiva (el denominado *tipo subjetivo*). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho de la norma penal, o tipo penal (el sujeto activo, la conducta, las formas y medios de acción, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado a la conducta, el objeto material, etc.). En la segunda el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes).

Esta vertiente subjetiva admite graduaciones. Entre aquellos supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo y aquellos en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir ese fin o la imprevisión de los efectos concomitantes, hay diferencias que merecen una distinta valoración. De ahí la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre el tipo de injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente⁸¹⁰.

⁸¹⁰ Cfr., MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 265-267; CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Ed. Tecnos. Madrid, 1982. Págs., 104-132; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen). Ed. Tecnos, 6ª edición, 1998; 6ª reimpresión, 2004. Madrid, 2004. Págs., 120-158; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 216-220; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 361-368. “Para la doctrina causalista clásica (sustentada por von Buri, Binding, von Liszt, Beling, etc., en el último tercio del siglo XIX) y para la doctrina causalista neoclásica (cuyo máximo representante fue Mezger, en la primera mitad del siglo XX), el dolo y la culpa eran entendidos como formas de culpabilidad, de manera que sistemáticamente se examinaban dentro de ese elemento del delito, cuando ya se había estudiado la acción, la tipicidad y la antijuridicidad. La doctrina finalista (máximo representante: Welzel, a mediados del siglo XX) defendió la doble posición del dolo y la culpa, de acuerdo con la concepción del injusto personal (*personales Unrecht*). Para esta corriente, dolo y culpa son elementos del tipo de injusto (más propiamente: del tipo subjetivo) que definen tanto la acción (que ha de ser bien dolosa bien imprudente) como la antijuridicidad y la culpabilidad”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 99. “El delito se define inicialmente como una acción u omisión típica. El concepto de tipo entronca históricamente con la categoría procesal del *corpus delicti*, esto es, el conjunto de circunstancias fácticas que acreditaban en el proceso la existencia externa de un hecho delictivo. Tras convertirse en categoría sustantiva, hoy en día se reconoce unánimemente como un elemento central del delito, cuya principal finalidad político-criminal es asegurar la vigencia formal del principio de legalidad: no hay delito ni pena sin tipo penal. Si en sus primeras formulaciones, en Alemania y a partir de los trabajos seminales de Ernst Beling, se concibió como una mera descripción de los elementos exclusivamente objetivos que el autor debía conocer para que su hecho fuera doloso, en su evolución posterior, en los autores neoclásicos (A. Hegler, M.E. Mayer, E. Mezger), se reconoció, por un lado, que tras la descripción típica había una desvaloración del hecho vinculada a su antijuridicidad material, con lo que adquirió contenido prescriptivo y pasó a definirse como tipo de injusto, y por otro lado, que no siempre era posible fijar el comportamiento prohibido apelando solo a elementos objetivos, lo que dio entrada inicialmente a los denominados elementos subjetivos del injusto (como el ánimo de lucro en el hurto, por ejemplo), y más tarde, ya bajo la corriente finalista de Hans Welzel, a la inclusión del dolo y la imprudencia en un tipo subjetivo muy fortalecido, base del denominado injusto personal. Hoy puede decirse que la tipicidad es el primer escalón en el análisis de la antijuridicidad penal del comportamiento. El tipo reúne las circunstancias mayoritariamente objetivas, pero también subjetivas, que fundamentan la lesividad de la acción. La definitiva afirmación de la antijuridicidad requerirá adicionalmente la comprobación de que no concurre una causa de justificación”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 126-127. “La dogmática tradicional, causalista, dividía los componentes del delito entre lo “objetivo” y lo “subjetivo”. Al tipo y a la antijuridicidad correspondía valorar el lado objetivo y a la culpabilidad lo subjetivo (entendido como pura relación psíquica entre el autor y el resultado). Pronto se vio que esta separación era insostenible. En algunos tipos delictivos era imposible caracterizar el tipo de injusto de un modo puramente objetivo, porque el legislador exigía ya a nivel típico la presencia de determinados elementos subjetivos (ánimo de lucro, ánimo de injuriar, etc.), sin los cuales el hecho no podía ser típico... Igualmente se puede decir, de un modo general, que el dolo es en la tentativa un elemento subjetivo del tipo de injusto ya que, sin la referencia al fin pretendido por el autor, no se puede caracterizar un simple

proceso causal externo que no llega a consumarse (para saber si el disparo constituye el tipo de injusto de una tentativa de homicidio o de daños hay que saber cuál era la finalidad del autor del disparo). Por otra parte, la culpabilidad no es una simple relación psicológica entre el autor y el resultado. Puede darse esta relación sin que el autor sea culpable (un enfermo mental puede matar intencionalmente y no ser culpable). Finalmente, la acción que se caracteriza como típica no es un simple proceso causal, sino este proceso regido por la voluntad... De ahí que también esta voluntad debe ser objeto de valoración en el tipo... Tanto el dolo como la culpa, en cuanto contenidos de la voluntad, deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer el tipo de injusto, sin perjuicio de que otros elementos y matices subjetivos, además del dolo y la culpa, tengan que ser examinados posteriormente para comprobar si se dan la antijuridicidad (elementos subjetivos de las causas de justificación) o la culpabilidad (conocimiento de la antijuridicidad)". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993. Págs., 244-245. "Todo hecho punible presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo. El hombre tiene una doble naturaleza, material y psíquica. También su conducta, en la convivencia humana, presenta siempre, por consiguiente, un aspecto externo, perceptible físicamente, y otro interno y psíquico. No con toda exactitud, pero en forma comprensible y corriente, se denominan, respectivamente, aspecto "objetivo" y "subjetivo" del hecho punible. En tal sentido, todo hecho punible contiene necesariamente relaciones objetivas y subjetivas". MEZGER, E.: *Derecho Penal. Libro de estudio. Tomo I. Parte General... Op. cit.*, Pág., 78. "El tipo no se limita solamente a la descripción del suceso (manifestación de voluntad y resultado) "objetivo" perceptible en el mundo exterior, sino que abarca la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico, necesario para la constitución del tipo de delito. El tipo no es, pues, sólo suceso "objetivo", esto es, suceso sensible. Se compone más bien de una parte *objetiva*, comprensiva de manifestación de la voluntad y resultado, y de una parte *subjetiva*, que abarca los procesos psíquicos constitutivos del delito... a) El tipo abarca, en su parte subjetiva, los especiales *motivos, tendencias e intenciones* del autor, que caracterizan el hecho [elementos subjetivos del injusto o características subjetivas del tipo]... b) El tipo abarca, en su parte subjetiva, el *dolo* dirigido a la realización de la parte objetiva del tipo... c) El dolo se limita a la realización de la parte objetiva del tipo, abarcando, pues, tan sólo, las *características* objetivas *del tipo*. Como el tipo origina únicamente una presunción de antijuridicidad de la acción, su antijuridicidad no será característica del mismo. El dolo no se refiere, pues, a la *antijuridicidad* de la acción típica". MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal. Volumen I*. (Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda). Ed. Ariel, Barcelona, 1962. Págs., 268-269. "La sistemática finalista escinde metodológicamente el delito en dos categorías formales (el tipo objetivo y el tipo subjetivo), compartimentos sistemáticos que respectivamente ubican los elementos de naturaleza óntico-objetiva, de una parte, y los elementos de índole anímico-subjetiva, de otra... En rigor, tipo no hay más que uno: el tipo penal o tipo legal de delito (v. gr., homicidio, violación, allanamiento de morada, hurto, robo, estafa, malversación, exacción ilegal, apropiación indebida...). Por ello, resulta impropio hablar de tipo objetivo y tipo subjetivo en un mismo tipo de delito: a lo sumo habrá elementos típicos de naturaleza objetiva o subjetiva dentro de cada tipo delictivo". POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 112. "La polémica causalista-finalista es ante todo una controversia en torno al concepto de acción. Sin embargo, como la tipicidad y la antijuridicidad van referidas a la acción, también la naturaleza de estos elementos queda afectada por el contenido que se reconozca al elemento que adjetivan. Finalmente, el contenido concreto de culpabilidad también depende de la inclusión (o no) de elementos subjetivos en el ámbito del injusto (de la acción típica no justificada). Por tanto, el debate causalista-finalista encierra consecuencias sistemáticas de primer orden, que se dejan sentir en la configuración de todos los elementos del delito. Por el contrario, las consecuencias prácticas son escasas". OBREGÓN GARCÍA, A., Y GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de Teoría del Delito*. Ed. Tecnos. Madrid, 2012. Pág., 38. "La discusión doctrinal... entorno al concepto de acción, ha sido en los últimos tiempos tan intensa que ha *exagerado* la importancia de dicho concepto para la teoría del delito. Ello ha sido fruto, sobre todo, de la polémica entre el concepto causal y el concepto final de acción. Los finalistas han pretendido poder extraer del concepto de acción, como consecuencia inevitable, el único esquema posible para la sistemática del delito, elevando la acción a pieza decisiva de la total ordenación y contenido de las demás características del delito. Desde hace unos años se advierte una importante *reacción* en contra de tal planteamiento, manifestada en críticas como las de Gallas, Schmidhäuser y Roxin, llegándose a mantener la necesidad de prescindir del concepto de acción. Este otro extremo no está tampoco justificado. La solución correcta es una vía media, que restituya la acción a sus verdaderos límites". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 183-184. "Conviene mostrar sintéticamente... [el] origen [de la polémica causalista-finalista]... Puede decirse que la diferencia principal radica en el contenido de la acción. Para el *causalismo*, la acción está integrada exclusivamente por los elementos objetivos: el movimiento corporal (o su ausencia, en caso de comportamiento pasivo), el resultado (si existe) y la

relación causal entre ambos elementos. El contenido o dirección de la voluntad no se incorpora a la acción, sino a la culpabilidad. Para afirmar la acción basta con que el comportamiento *proceda* de la voluntad, sin importar el contenido de ésta. Para el *finalismo*, sin embargo, no pueden escindirse impulso y contenido de la voluntad. La acción humana se caracteriza por la búsqueda de un fin: el contenido de la voluntad, la finalidad perseguida por el sujeto, debe pertenecer al concepto de acción. Por tanto, ésta consta de dos elementos: *objetivo* (el proceso causal: movimiento corporal o su ausencia y el resultado causado) y *subjetivo* (el contenido de la voluntad: el dolo o la culpa). La diferente estructura de la acción repercute en la culpabilidad. Para el causalismo, el contenido de la voluntad, es decir, el dolo o la culpa, son formas de culpabilidad. Mientras que para el finalismo, al abarcar ya la acción el dolo o la culpa, en la culpabilidad sólo permanece la conciencia de antijuridicidad, pues ésta no se incorpora al dolo concebido desde la perspectiva finalista. Ambas sistemáticas coinciden, sin embargo, en considerar como elementos de la culpabilidad, además, la imputabilidad y la exigibilidad de una conducta distinta. En efecto, el *dolo natural* (finalista) se ubica en la acción, y comprende sólo el conocimiento de los elementos de la acción (típica) y la voluntad de realizar ésta, pero no la conciencia de antijuridicidad (de la significación antijurídica de la acción), ya que el campo de la acción es prejurídico y debe estar exento de valoraciones jurídicas. Por el contrario, el *dolo malo* (causalista) se sitúa en la culpabilidad, y abarca el conocimiento de los elementos típicos y, además, el de la significación antijurídica de la conducta, amén, lógicamente, de la voluntad de realizar el tipo del injusto. Prácticamente la única consecuencia práctica de la diferente sistemática causalista-finalista se encuentra en el terreno del *error*, y en concreto en los supuestos en los que el sujeto desconoce que su conducta es antijurídica (por ejemplo, cree que maltratar a un animal en un espectáculo no autorizado es algo censurable éticamente, pero no jurídicamente, ya que es una conducta muy extendida; pero, en realidad, constituye una infracción penal –art. 632.2 CP-). Desde la perspectiva causalista falta el dolo (pues éste comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la propia conducta); el hecho será, en su caso, *culposo*, dependiendo de si el error le es reproachable o no al sujeto (si es vencible o no). Sin embargo, desde la perspectiva finalista, el sujeto realiza una acción *dolosa*, puesto que conoce los elementos de la acción y quiere hacer ésta, aunque no sepa que la conducta es antijurídica: el error sobre la antijuridicidad de la conducta puede provocar que la culpabilidad se atenúe o incluso se excluya, dependiendo de que la falta de conciencia de antijuridicidad (elemento de la culpabilidad) le sea reproachable o no al sujeto (el error sea vencible o no). Como la consideración jurídico-penal de las conductas dolosas y de las culposas es muy distinta, en éste caso sí tiene gran trascendencia práctica adoptar un punto de vista causalista o finalista”. OBREGÓN GARCÍA, A., Y GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de Teoría del Delito...* Op. cit., Págs., 38-39. “Influenciada por las corrientes mecanicistas de las ciencias naturales del término del siglo XIX, llega al derecho penal la doctrina de la acción causal, a la que llamamos también causalista o tradicionalista. Esta divide a la acción en dos partes, desmembrándola realmente, aprecia así el proceso causal externo u objetivo y el contenido de la voluntad que es subjetivo. Pero según esta doctrina de gran raigambre, la acción debe ser entendida como un mero proceso causal desencadenado por la voluntad, independiente de que el autor haya querido el resultado o pudiera preverlo. Se exige únicamente la relación de causalidad entre la voluntad y el hecho acudiendo a la culpabilidad para saber cuál es el contenido del querer. Es la acción un mero movimiento corporal causado de una manera determinada por un acto voluntario, pero se entiende por voluntario al que está libre de presión mecánica o psicológica. Los causalistas consideran el “querer” como el impulso de la voluntad. Interesa únicamente saber qué es lo que ha sido causado por la voluntad del que actúa, que es lo que se ha producido como consecuencia del querer, los efectos son parte integrante de la acción, careciendo de importancia para el causalismo indagar si los efectos han sido contenido de la conciencia y voluntad del autor. Para verificar la existencia de la acción es suficiente la certidumbre que el autor ha actuado voluntariamente, lo que haya querido así como el contenido de la voluntad lo desplazan al problema de la culpabilidad. La doctrina de la acción causal desconoce la función constitutiva de la voluntad como factor de dirección para la acción, convirtiéndola en un proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera. Se desconoce así que la acción es una obra de la voluntad humana que dirige el suceder causal”. ZAMBRANO PASQUEL, A.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito, 3ª edición. Ecuador, Quito, 2008. Págs., 17-18. “El concepto causal de acción era incapaz de sostener todo el edificio de la teoría del delito. Ya en 1904 demostró Radbruch la imposibilidad de reducir los conceptos de acción y omisión a un denominador común pues en la omisión no hay movimiento corporal alguno y es por esencia la negación de una acción. Más adelante propuso el mismo Radbruch que el concepto de acción se sustituyera por el más concreto de *realización del tipo*... Al mismo tiempo empezó a mostrarse también la quiebra de la tajante separación entre antijuridicidad y culpabilidad según el binomio objetivo-subjetivo. En algunos delitos, como el hurto o la injuria, era imposible calificar la acción como antijurídica, si no se recurría desde el primer momento a determinados elementos subjetivos: el ánimo de apropiarse de la cosa mueble

en el hurto, el *animus injuriandi* en la injuria, etc. El descubrimiento de este dato hecho por Fischer en el ámbito del Derecho civil, fue trasplantado al Derecho penal por Hegler, M.E. Mayer y Mezger, siendo este último el que mejor ha desarrollado y analizado sus consecuencias. De ahora en adelante ya no se podrá decir que todo lo objetivo pertenece a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad... La distinción entre tipicidad y antijuridicidad se relativizó también con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, es decir de aquellos elementos que requerían de una valoración, como funcionario, documento público, ajenidad, etc. De aquí a considerar que la relación entre tipo y antijuridicidad era más estrecha sólo había un paso, paso que fue dado por M.E. Mayer, al considerar que la tipicidad era indicio de la antijuridicidad, y que fue llevado a sus últimas consecuencias por Mezger para quien el tipo era el fundamento, la "ratio essendi", de la antijuridicidad". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993. Págs., 192-193. "Aunque el concepto de acción dejó de ser *naturalístico*, no por ello dejó de ser *causal*; la esencia de la acción era todavía el ser causación, causada a su vez por la voluntad, pero *no dirigida* por ella. Esto se expresaba diciendo que lo esencial de la acción no era el *contenido* de dirección de la voluntad (esto es, si el autor quería o no producir el hecho típico), sino sólo el que obedeciese a *una* voluntad (dirigida o no a producir el hecho típico). El contenido de la voluntad se dejaba para la culpabilidad, en donde se situaba el dolo". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 180. "Fundamento de la acción es un *querer* del agente. Pero, el querer "señala el acto particular de la voluntad", o sea, "un acto interno, psíquico, en virtud del cual el agente se coloca a sí mismo como *causa* de la realización de un resultado que se ha representado". Con otras palabras: la esencia de la acción consiste en gobernar el suceso externo con un acto interno, psíquico, que anticipa, en la representación interna, la marcha de los acontecimientos externos causales y los determina, de tal manera, en su curso futuro". MEZGER, E.: *Derecho Penal. Libro de estudio. Tomo I. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 91. "El concepto final de acción, obra de Welzel, surgió también como resultado de un giro de la metodología jurídica". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 180. "Las normas del Derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente (por consiguiente acciones) o la omisión de tales actos". WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista...* *Op. cit.*, Pág., 14. "El origen de esta teoría [final de la acción] se encuentra, como afirma su propio creador, Welzel, en la Psicología del pensamiento de Hönigswald y de otros psicólogos y filósofos alemanes de la década de los años 20... La acción, ontológicamente considerada es, según Welzel, "ejercicio de actividad final"". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993. Pág., 194. "La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final", y no solamente "causal". La "finalidad", o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es el resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello (dicho en forma gráfica) "vidente", la causalidad "ciega"... Dado que la finalidad se basa en la capacidad de voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal". WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista...* *Op. cit.*, Págs., 25-26. "Este concepto final de acción es el que sirve a Welzel, para reestructurar el sistema tradicional, partiendo de la vinculación a esas estructuras ontológicas. La primera consecuencia sistemática que Welzel extrae del concepto final de acción es la pertenencia del dolo al tipo, ya que el dolo no es más que un aspecto o parte de la finalidad, o mejor dicho, la finalidad misma referida a los elementos objetivos del tipo. La acción que sirve de base al tipo no es ese proceso causal "ciego" del sistema anterior, sino uno "vidente" guiado por la finalidad. Además, este concepto de dolo no se confunde tampoco con el tradicional *dolus malus* que comprendía también el conocimiento de la antijuridicidad, sino que es un dolo natural no valorativo. De aquí que para el finalismo la distinción entre conocimiento de la antijuridicidad y dolo sea ya una consecuencia natural de sus premisas y que sitúe al dolo como elemento natural en el tipo y al conocimiento de la antijuridicidad como cuestión valorativa en la culpabilidad. Otra consecuencia del concepto final de acción en la estructuración del nuevo sistema repercute en el concepto de autor en los delitos dolosos que ya sólo puede ser aquél que tenga el dominio final del hecho y no simplemente el que interponga alguna causa en la producción del resultado... El concepto final de acción... se adecuaba perfectamente a la estructura de los delitos dolosos, pero empezaba a fallar en los delitos imprudentes, porque en estos delitos la finalidad perseguida

por el autor es irrelevante, importando sólo el resultado lesivo causado, con lo que se adecuaba mejor a este tipo de delitos el concepto causal de acción en el que lo decisivo no es lo que el autor quiere, sino la causación de un determinado resultado prohibido... Parecidas dificultades tuvo el finalismo con los delitos de omisión, pues la omisión consiste precisamente en el no ejercicio de la actividad final y no puede ser, por tanto, calificada nunca como acción; el concepto de omisión sólo puede entenderse en referencia al de acción, ya que no hay una omisión en sí, sino la omisión de una acción". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993. Págs., 194-195. "El concepto social de acción, en su versión actualmente defendida por Jescheck, se presenta como superación de insuficiencias del concepto causal y del concepto final de acción para explicar satisfactoriamente todas las distintas formas de comportamiento relevantes para el Derecho penal". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 182. "La acción es un comportamiento humano con trascendencia social. Aquí el comportamiento significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de la acción final (finalidad). Pero también puede limitarse a la causación de consecuencias inintencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia). Por último, puede expresarse a través de la inactividad frente a una determinada... expectativa de acción, con lo cual también aquí se presupone la concurrencia con carácter general de la posibilidad de dirección (omisión)". JESCHECK, H.H., Y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 239-240. "Otras concepciones actuales propuestas por la doctrina... son las incluíbles en el "concepto negativo de acción", que ven en la acción una "no evitación evitable" del hecho (Herzberg y Behrendt), o, por lo menos, consideran la *evitabilidad* como la nota esencial de la acción (como Jakobs), en el "concepto personal de acción", que caracterizan la acción como manifestación de la personalidad (Arthur Kaufmann, Rudolph, Roxin –en su última posición-) y en la "concepción significativa de la acción", que concibe las acciones como "interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 183. "El concepto social de acción en parte se desarrolla precisamente con la función de fundamentar la comunidad entre acción y omisión. A partir del concepto, aquí empleado, de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva *diferencia* de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión. Ejemplo: El que alguien cause evitablemente la muerte de otro, o no impida, de modo evitable (dolosa o imprudentemente), las condiciones suficientes, por otro origen ya existentes, de la muerte, a pesar de la diferencia entre acción y omisión, coinciden en la diferencia evitable entre las respectivas alternativas; se trata precisamente de la diferencia entre la vida y la muerte. Por expresarlo en una fórmula: Conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado". JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo). Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S.A., 2ª edición, corregida. Madrid, 1997. Pág., 177. "Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como "manifestación de la personalidad" lo que significa lo siguiente:... es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción y eso falta en el caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal ("somática") del hombre, o "del ámbito material, vital y animal del ser", sin estar sometidos al control del "yo", de la instancia conductora anímico espiritual del ser humano... Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera anímico-espiritual de la persona pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones". ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito... Op. cit.*, Pág., 252. "El concepto de "acción" o "comportamiento" que importa al Derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad de los hechos humanos... sino que depende también de las exigencias del Derecho penal... Depende los límites de la función del Derecho penal el *sentido* en que le importan los hechos del hombre. Éstos pueden contemplarse en cuanto constituyan *acciones finales* (dirigidas voluntariamente a una meta) o en cuanto *causen* una modificación en el mundo exterior. El lenguaje permite afirmar que un hombre ha matado a otro tanto si lo ha hecho voluntariamente como si no ha sido así, y aunque la muerte haya sido fortuita. El finalismo afirma que sólo son acciones las conductas finales, mientras que el causalismo atiende a la mera eficacia causal del hecho. En realidad desde el punto de vista *prejurídico* que sólo atiende a la realidad de los hechos del hombre, tanto la finalidad como la causalidad permiten hablar de acciones humanas. Ni siquiera hace falta el "impulso voluntario" del que habla el naturalismo: en su sentido amplio, también el sonámbulo realiza una conducta humana, porque procede de un hombre. Sin embargo, es evidente que no todos estos hechos del hombre importan al Derecho penal: *no le importan*

El Código Penal recoge claramente la distinción entre dolo e imprudencia (tradicionalmente llamada *culpa*), en el artículo 10, en la definición legal de delito: “*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”; y en el artículo 5 al consagrar el principio de culpabilidad: “*No hay pena sin dolo o imprudencia*”, que en sí mismo nada tiene que ver con la culpabilidad como categoría específica del delito⁸¹¹.

aquéllos que no pueden ser prohibidos a nadie y, por tanto, no pueden ser desvalorados como penalmente antijurídicos por falta de desvalor intersubjetivo de la conducta. Éstos son los que se excluyen del *concepto jurídico-penal* de “acción” o “comportamiento”. Se confirma, pues, que la delimitación de este concepto no puede obtenerse de la “estructura lógico-objetiva” del concepto de “acción”, sino de los condicionamientos de la función de las normas penales. Del concepto de acción no puede, pues, seguirse ninguna consecuencia para el contenido (causal o final) del injusto, sino que, al contrario, son las exigencias del injusto las que permiten delimitar el concepto de comportamiento que importa al Derecho penal. El examen de la función de las normas penales en un Estado social y democrático de Derecho pone de manifiesto que sólo tiene sentido en él prohibir *a alguien* aquellos *comportamientos del hombre* que sean *externos y finales*: sólo ellos permiten la presencia del *desvalor intersubjetivo de la conducta* necesario para la antijuridicidad penal y base de la prohibición personal del hecho. Al hablar de “comportamiento”, mejor que de “acción”, quiero expresar que la conducta humana no importa al Derecho penal como *movimiento físico*, sino como dotada de significado social... En un Estado social y democrático de Derecho sólo es lícito prohibir penalmente comportamientos externos y no meramente mentales... [y] comportamientos voluntarios, finales... Tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes es precisa la concurrencia de un comportamiento final. En los delitos dolosos éste es el que realiza conscientemente el hecho típico. En los delitos imprudentes es la conducta descuidada que pone en marcha el proceso causal involuntariamente lesivo. Por supuesto que la esencia de la imprudencia no es la finalidad, sino el momento normativo de la infracción de una norma de cuidado, pero ello no es más que consecuencia lógica de que la imprudencia (como el dolo) importa al Derecho penal como elemento de un tipo penal (nivel normativo) y no una clase de comportamiento (nivel prejurídico). Es incorrecto hablar de la “acción imprudente”, como lo sería hablar de la “acción dolosa”: se debe hablar de “tipo imprudente” o “tipo doloso”. La comprobación de la existencia de comportamiento es previa a la distinción de tipos imprudentes y tipos dolosos. Ello supone que el comportamiento ha de definirse por notas comunes a ambas clases de delitos”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 184-187. Vid., CEREZO MIR, J.: << El finalismo, hoy >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVI, fascículo 1, enero-abril 1993. Págs., 5-19; BACIGALUPO ZAPATER, E.: << El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VIII/2007. Derecho penal del siglo XXI. Año 2007. Págs., 1-23.

⁸¹¹ “El delito se imputa a título de dolo (que implica conocimiento y voluntad de acción) o a título de culpa (que equivale a negligencia punible o, en terminología más moderna, pero quizá no más precisa: imprudencia en la ejecución de la conducta realizada). Ambas formas de imputación son alternativas y excluyentes: la imputación dolosa excluye siempre la imputación culposa, y viceversa. Ello quiere decir que uno de los dos elementos (bien el dolo, bien la culpa) es siempre un elemento imprescindible del delito, que además sirve de fundamento para la pena, conforme al principio de culpabilidad, consagrado positivamente en el art. 5 CP: “no hay pena sin dolo o imprudencia”... A nuestro juicio dolo y culpa constituyen algo más que meros elementos integrantes del concepto de delito: son una forma de individualización o de personalización de la responsabilidad penal. Por ello los designamos como títulos de imputación (subjetiva), más que como elementos del delito, aunque también lo sean en cuanto en él se integran. Así lo reconoce el Código penal en el art. 5 (al consagrar el principio de culpabilidad, conforme al cual “no hay pena sin dolo o imprudencia”) y el art. 10 CP (en la definición legal de delito...)”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Págs., 99-100. “En el Título Preliminar del Código penal se acoge, entre las garantías penales, el principio de culpabilidad, si bien sin mencionar este nombre, en su vertiente de que “No hay pena sin dolo o imprudencia” (art. 5), es decir, como proscripción de la responsabilidad objetiva”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al

La Jurisprudencia *menor* acude a este principio tanto para fundamentar la absolución por falta de dolo o imprudencia, como para justificar la condena por considerar la conducta dolosa⁸¹².

día. Valencia, 2010. Pág., 92. “El principio de dolo o culpa (tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad) considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. En el Derecho primitivo (así, especialmente en el germánico) no regía este principio, sino el contrario de la “responsabilidad objetiva” o “responsabilidad por el resultado”, según el cual bastaba la causación de una lesión para que fuese posible la responsabilidad penal, aunque el autor no hubiese querido dicha lesión ni la misma se debiera a imprudencia... Los vestigios de la “responsabilidad objetiva” han llegado hasta el presente, y hasta la reforma del 1983 el CP español conocía “delitos cualificados por el resultado” que suponían una responsabilidad penal que no requería dolo ni imprudencia, así como algún punto de apoyo para otras manifestaciones del “versari in re illicita” (que permitía atribuir penalmente las consecuencias fortuitas de un acto inicial ilícito)”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 125-126. “El Derecho Penal evoluciona desde la responsabilidad por el resultado hacia la responsabilidad por la culpabilidad”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 53. “El principio de legalidad del art. 25.1 en relación con el principio de la dignidad de la persona humana del art. 10.1 de la Constitución, obliga necesariamente a considerar (para su precisión, determinación y debida recepción de la persona humana en su totalidad) el dolo en el hecho típico, lo cual viene a ser reafirmado por el art. 1, párrafo I del CP [de 1973 y art. 10 del CP 1995], que... no es sino su explicitación del principio de legalidad, al señalar que la acción u omisión (típica) ha de ser dolosa (o culposa). Sólo así entonces se elimina la responsabilidad objetiva, la posibilidad indeterminada (que contraviene el principio de legalidad) de que el sujeto responda por un injusto que no es suyo”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 278. “A partir de la concepción finalista del delito, pero también de otras importantes aportaciones doctrinales, la doctrina moderna, que poco a poco se va haciendo mayoritaria y luego dominante, considera que el dolo y la imprudencia no pertenecen a la culpabilidad, sino a la parte subjetiva del tipo y del injusto, del hecho antijurídico; son el núcleo (en su parte subjetiva) del “desvalor de la acción” como parte imprescindible, junto con el desvalor objetivo de la acción (su peligrosidad y modalidades de ejecución) y el desvalor del resultado, de la antijuridicidad, de la prohibición general de una conducta”. LUZÓN PEÑA, D.M.: << Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial...* Op. cit., Pág., 3; LUZÓN PEÑA, D.M.: << Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial...* Op. cit., Pág., 5.

⁸¹² Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886), para fundamentar la absolución: “En principio, tiene razón la parte recurrente en la referencia que hace al principio de intervención mínima, por cuanto, una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad, *siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 CP*, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia (STS 8-VII-2002)”. Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 23-4-2010, nº 313/2010, rec. 161/2010, Pte: Mora Sánchez, Juan Miguel (EDJ 2010/249119): “Por lo que la ley y más en concreto el Derecho penal es claro en este sentido. Si bien los principios de última ratio (alegado por el recurrente), intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad pudieren ser postulados en el plano de la política criminal, tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Lo cierto es que una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada necesariamente por esos principios, sino por el de legalidad, *siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 del Código Penal*, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia. Nuestro legislador, también atendiendo una indiscutible necesidad social, y para hacer frente a este fenómeno social en desarrollo, creó este tipo delictivo”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 4-10-2012, nº 695/2012,

Conforme a la tesis finalista el tipo de injusto en su aspecto subjetivo (tipo subjetivo) abarca el dolo o la imprudencia; y en su caso, todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización, a los que se les conoce como elementos subjetivos del tipo (o del injusto). En este sentido el finalismo sostiene que el dolo es, inexcusablemente, elemento subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos⁸¹³.

rec. 312/2012, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2012/276860): “Comenzando por el principio de intervención mínima, solo cabe recordar, para rechazar su invocación, que, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 08-07-2002, num. 1350/2002, “el principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal, tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad, siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 CP, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia””. Y para justificar la condena, *Vid.*, Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 31-10-2008, nº 630/2008, rec. 252/2008, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2008/379768): “Una vez tipificada una conducta como delito (igual en el caso de las faltas) por el legislador democráticamente elegido, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirado en el principio de intervención mínima, sino por el de legalidad, *siendo éste entre nosotros el que nos obliga a apreciar la existencia del delito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 del Código Penal*, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia; en el presente supuesto es evidente que no puede entrar en juego el citado principio de intervención mínima, ya que los hechos declarados probados, que han sido aceptados expresa e íntegramente, son unos hechos típicos constitutivos de un delito de usurpación de inmuebles sancionado en el artículo 245.2 del Código Penal, por lo que también ha de ser rechazado éste motivo de impugnación”.

⁸¹³ Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 254-256; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 287; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 277-278; Díez RIPOLLÉS, J.L.: *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990. “La ubicación sistemática del dolo en la tipicidad puede tener origen en diferentes razones. Así, para los finalistas surge de una concepción ontológica de la acción (cfr. Welzel...) en virtud de la teoría de las estructuras lógico-objetivas... o bien, por una razón de lógica normativa, esto es, que la norma (prohibitiva o de mandato) no puede mandar resultados ni causalidades, sino sólo actos humanos (sólo éstos se comprometen frente a un valor y son por tanto motivables, posibles de guiar desde un valor) (cfr. Kaufmann, Armin...) También puede surgir por una consecuente aplicación de la teoría de la acción social, ya que al predicar de la acción un sentido social necesariamente se ha de recurrir a la dirección que le imprime el sujeto, a su intencionalidad (cfr. Jescheck...). También, por último, se puede plantear el dolo en la tipicidad desde un punto de vista político-criminal, sobre la base de que la pena al tener un carácter preventivo-general requiere de una posibilidad de dirección de los sujetos respecto de sus acciones, de otro modo no tendría sentido la coacción psicológica de la pena como fórmula preventiva (cfr. Mir...)... Ahora bien, para las posiciones causalistas, sistemáticamente, el dolo pertenecerá a la culpabilidad con atendibles argumentos legales (cfr. Rodríguez Devesa... Rodríguez Mourullo...)”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 279. “La necesidad de que el dolo sea un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva de la punición de la tentativa, es decir, de la punición de las acciones dirigidas por la voluntad de sus autores a la lesión de un bien jurídico. Si un Código penal castiga la tentativa de delito, será necesario concebir el dolo como un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos, de todos ellos, y tanto en el estadio de la tentativa como en el de la consumación. La inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos vienen exigida además por la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto. ¿Cómo es posible considerar, por ejemplo, el ánimo de lucro en el hurto como un elemento subjetivo de lo injusto y negar dicho carácter, en cambio al dolo? El ánimo de lucro no es posible sin el conocimiento del carácter ajeno de la cosa. No tiene sentido, por otra parte, el incluir solo en el tipo de injusto, como

2.- Dolo

Desde la formulación de la teoría de la acción final por WELZEL existen dos formas de entender el dolo en función del objeto de referencia del elemento intelectual del mismo. Si se entiende que el conocimiento integrante del dolo abarca tanto el hecho típico como el carácter antijurídico del mismo estamos ante la tesis tradicional del denominado dolo malo, cuya ubicación es la culpabilidad. Mientras que si se reduce el objeto del conocimiento integrante del dolo al hecho típico estaremos definiendo el dolo neutro, cuya ubicación es el tipo subjetivo de los delitos dolosos. Pues bien para nosotros, y sin que ello requiera mayor fundamentación aquí, el dolo implica “conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal”, por lo que son punto de referencia del dolo todos los elementos del tipo objetivo, sin incluir el carácter antijurídico del hecho⁸¹⁴.

hace Mezger, el conocimiento del carácter ajeno de la cosa y dejar, en cambio, los restantes elementos del dolo para la culpabilidad. Esta escisión carecería de sentido... El razonamiento llevado a cabo para demostrar que el dolo ha de ser un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos es válido para todo Código penal en que se castigue la tentativa... El Código penal español utiliza con mucha frecuencia las palabras *voluntad, intención o malicia* para designar la forma de realización dolosa de los tipos penales. No creo que estas expresiones estén transidas de un sentido disvalorativo desde el punto de vista de la culpabilidad... Las palabras *intención y voluntad*, no es preciso que sean entendidas como sinónimas de dolo en el sentido tradicional: pueden ser entendidas como sinónimas de dolo de hecho, es decir, como conocimiento y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. La lesión de un bien jurídico puede ser voluntaria o incluso intencional, a pesar de que el autor no tenga conciencia de la antijuridicidad de su conducta. La palabra *malicia* tiene varios significados en el lenguaje usual y puede tenerlos también en el lenguaje jurídico. La palabra *malicia* puede ser equivalente en la técnica penal al conocimiento y voluntad de la concurrencia de las circunstancias objetivas que pertenecen al tipo de lo injusto. No es preciso, a mi juicio, que tenga un sentido más amplio, comprensivo de la conciencia de la antijuridicidad”. CERZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 35-37.

⁸¹⁴ Vid., WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista...* Op. cit. PÉREZ MANZANO, M.: << El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. 1/1994. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria. Año 1994. Pág., 2. “Para una concepción causalista de la teoría jurídica del delito, el dolo es una forma de culpabilidad, que comprende, además de la voluntad de producir el resultado (en el dolo directo) o el asentimiento ante su eventual producción o la conciencia de la alta probabilidad de que la misma acaezca (en el dolo eventual), el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el conocimiento de su significación antijurídica... Diferencialmente, una concepción finalista de la teoría jurídica del delito explica el dolo como elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos, que comprende los mismos elementos acabados de indicar salvo el último de ellos (el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta). Esta explicación del dolo permite hablar, en el segundo caso, de un dolo valorativamente neutro o dolo natural, mientras que en el primer caso se trata del llamado “dolo malo”... Resulta cada vez más frecuente la opinión según la cual una concepción imperativa de la norma jurídico-penal conduce, necesariamente, a incluir el dolo (neutro) en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos y a la correlativa inclusión de la infracción del deber objetivo de cuidado en el de los imprudentes. Estas conclusiones se derivan, pues, directamente del punto de vista mantenido sobre la naturaleza de la estructura de la norma jurídico-penal y no, a diferencia del finalismo, que lleva a las propias conclusiones a partir de sus peculiares presupuestos, del hecho de haber adoptado un concepto

unitario y ontológico de acción... El dolo estimado elemento del tipo (subjetivo) de los delitos dolosos, no es el *dolus malus* (integrado por los tres componentes antedichos), sino un dolo neutro entendido como voluntad de realización del comportamiento a que se refiere el tipo objetivo. Dolo al que, por tanto, nada resta que el sujeto ignore que se encuentra prohibido lo que quiere hacer y sabe que hace... Con este presupuesto, el dolo típico puede definirse como un "conocer y querer los elementos del tipo". Objeto de este dolo es, pues, la parte objetiva del tipo (aunque el sujeto desconozca la existencia del mismo en una norma penal). El dolo debe abarcar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo. De esta suerte, para afirmar la realización dolosa de, por ejemplo, un homicidio, es preciso que el sujeto sepa que está matando y quiera matar... En cambio, los elementos extratípicos, ajenos al tipo objetivo (como, por ejemplo, las condiciones objetivas de punibilidad), no es preciso que se encuentren abarcados por el dolo del autor... Así entendido, el dolo debe concurrir en el momento de poner en práctica la conducta de que se trate: no cabe hablar de un dolo antecedente (previo a la conducta) ni de un dolo subsiguiente (posterior a la realización de la conducta)". OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 119-127. "El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo... Aquí se entiende como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito... El Código penal, aunque utiliza la expresión "dolosa" en el art. 10, luego emplea expresiones coloquiales equivalentes en la definición de algunos delitos, como "intencionadamente" (arts. 270.2, 275, 277, 408) o "a sabiendas" (arts. 320, 322, 329, 404), haciendo recaer el acento en aspectos volitivos o intelectivos... De la definición de dolo aquí propuesta se deriva que el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognitivo y otro volitivo". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 267-268. "Desde antiguo se discute si el dolo requiere conocimiento y voluntad (teoría de la voluntad) o sólo conocimiento (teoría de la representación)". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 268. "La teoría de la voluntad sostenía que el dolo era la suma de dos elementos: uno cognitivo (el conocimiento) y otro volitivo (la voluntad). La teoría de la representación consideraba que el elemento cognitivo (conocimiento) era suficiente, pues la voluntad (o voluntariedad) era un elemento básico de toda acción penalmente relevante y, por tanto, algo que caracterizaba tanto a la acción dolosa como a la culpable de manera que no podía ser algo privativo del dolo. En la actualidad la doctrina mayoritaria define el dolo por la confluencia de los dos elementos (cognitivo y volitivo). De esta forma el dolo se define como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos del tipo, de manera que se produce un resultado que es conocido y querido por el autor. Por ello en los delitos dolosos existe una coincidencia entre lo conocido, lo querido y lo ocurrido". POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 100. "Actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacerlo". RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 459. "La doctrina discute cual es el ámbito que ha de abarcar tanto el conocimiento como la voluntad. El conocimiento propio de dolo abarca, por lo general, a la totalidad de los elementos (objetivos) del tipo de injusto, porque si el autor yerra sobre alguno de ellos quedará exento de responsabilidad (si el error era invencible) o responderán en todo caso de delito imprudente (si el error fuera vencible), según prescribe el art. 14.1 CP al regular el error de tipo. En la doctrina se discute, en cambio, si además del conocimiento fáctico (esto es, el conocimiento de elementos del tipo) se requiere, además, conocer que tales hechos integran un concreto hecho punible. Para el causalismo el dolo se concibe como *dolus malus*, esto es: el autor ha de tener conocimiento y voluntad de que realiza los hechos, pero también ha de tener conciencia de la antijuridicidad, o sea: ha de saber que lo que hace y quiere hacer integra una conducta antijurídica. De esta forma, el *dolus malus* se define como conocimiento de los hechos y como conocimiento de la prohibición de los hechos. Para el finalismo (Welzel), sin embargo, el dolo es natural, lo cual significa que el autor ha de conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita en el tipo (conocimiento de los hechos), pero no se requiere que sepa, además, que dicha realización es antijurídica (conocimiento de la prohibición). Más modernamente otros autores, como Roxin, distinguen entre un dolo típico (*Tatbestandsvorsatz*) y un dolo del injusto (*Unrechtsvorsatz*), de manera que segregan el injusto en dos ámbitos o sectores: el uno afecta a la descripción fáctica del hecho en el tipo legal y el otro a la antijuridicidad del mismo... Mir Puig, distingue tres grados o niveles en su seno: a) un dolo típico, que solo exige el conocimiento y voluntad del hecho típico; b) el dolo referido al hecho típico sin los presupuestos típicos de una causa de justificación; y (finalmente) c) un dolo completo, que además exige el conocimiento de la antijuridicidad". POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Págs., 100-101. Así, sostiene MIR PUIG: "Al estudiar el tipo doloso importa únicamente el primer nivel de dolo típico, que se corresponde al concepto de dolo natural usado por el finalismo. En este contexto... utilizaremos el término dolo en el sentido de dolo típico. Cuando nos ocupemos de las causas

En palabras de MUÑOZ CONDE: “el delito doloso supone... una agresión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es sólo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera plantea el posible daño al bien jurídico; por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito”⁸¹⁵.

2.1.- Ausencia de modalidad imprudente

La incriminación imprudente *uti singuli* como modelo de política criminal arranca con el Código Penal de 1995. Con anterioridad a dicho texto legal la incriminación de los delitos culposos se regía por un sistema de *numerus apertus*. Mediante la previsión de una cláusula general se preveía la posibilidad de imputar todos los tipos del Código Penal tanto a título de dolo, como a título de culpa, en función de que concurriera conocimiento y voluntad (dolo) o simple infracción de un deber objetivo de cuidado (culpa)⁸¹⁶.

de justificación veremos que entonces el dolo exige el segundo nivel de dolo correspondiente. Finalmente, el dolo completo será necesario para la imputación personal de la antijuridicidad penal”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 267. “Para el finalismo el dolo (*dolus naturalis* o *dolo de hecho*) es el fin o tendencia de la acción típica. El dolo se convierte así en elemento subjetivo de la acción. De esta tesis se derivan las siguientes consecuencias: 1) Que el dolo no pertenece a la culpabilidad, sino al tipo, de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto, pues la misión del tipo es la caracterización de la acción con todos sus elementos de injusto esenciales para la punibilidad. 2) *Que la conciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo, sino a la culpabilidad* (Teoría de la culpabilidad). Entendido el dolo como *dolus naturalis* o dolo de hecho, esto es, como simple realización de la voluntad (voluntad del resultado) y no como *dolus malus* (malicia), la conciencia de la antijuridicidad tiene que separarse del dolo y convertirse en elemento autónomo y central de la culpabilidad, ya que el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad alcanza al autor por haberse decidido a realizar el hecho con conocimiento de su antijuridicidad. 3) Que al separarse del dolo la conciencia de la antijuridicidad, hay que distinguir los supuestos de error de forma distinta a como lo hace la doctrina tradicional (*error facti* y *error iuris*)”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... Op. cit., Pág., 349.

⁸¹⁵ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 266. Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 459-491; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Págs., 99-107; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 593-601; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 619-653; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen)... Op. cit., Págs., 120-188; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 277-292; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 265-276.

⁸¹⁶ “El sistema del *crimen culpae* considera que el delito imprudente es único y que su característica consiste en que el sujeto realice “algo imprudente que trasciende al mundo exterior”. Junto a esta nota ha

El Código Penal de 1995 varía en su totalidad el sistema de incriminación de los delitos imprudentes empleando la técnica de *numerus clausus*. La tipificación de estos delitos es rigurosamente cerrada y excepcional, de manera que, tal y como dispone el artículo 12, “las acciones y omisiones imprudentes *sólo se castigarán* cuando expresamente lo disponga la ley”⁸¹⁷.

de añadirse otra: el resultado; el resultado solo importa a efectos de penalidad, funciona como un conjunto unitario y sirve como un elemento que permite el castigo de la imprudencia, como condición de penalidad. Entre la imprudencia del sujeto y este resultado debe existir una conexión causal mínima regida por la teoría de la equivalencia de condiciones. Lo importante es que el sujeto ha realizado un hecho imprudente, de manera que lo esencial es examinar la imprudencia llevada a cabo, analizarla en sí misma, si es grave, leve, etc., con independencia del resultado, el cual... solo tiene interés como una condición indispensable para la pena. Así pues, para este sistema que el resultado sea único (por ejemplo, una muerte) o múltiple (por ejemplo, varias muertes, lesiones, daños, etc.) carece de importancia, dado que todo conforma el “resultado” que será tratado de forma unitaria. Por otra parte, debido al papel que juega el resultado, su unión con el hecho realizado por el sujeto tampoco requiere que sea muy precisa, basta con que de alguna manera pueda enlazarse a los únicos efectos de cumplir con la condición de penalidad. En este sistema los supuestos imprudentes son *numerus apertus*. El sistema de los *crimina culposa* trata al delito imprudente de forma similar al doloso. Parte de la base de que no han de existir cláusulas generales sino que solamente deben castigarse supuestos concretos. No cualquier imprudencia es relevante penalmente. Por el contrario, el legislador acota aquella que, por su mayor entidad, considera debe ser incluida en el ámbito penal. Es, por consiguiente, un sistema selectivo. Aquí el resultado no va a tratarse como un conjunto unitario sino que se tomará en consideración en su individualidad, y el enlace entre la acción y el resultado se observará conforme a rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva. Al concretar los supuestos imprudentes, es claro que sigue un sistema de *numerus clausus*. Sin duda, las diferencias entre un sistema y otro cuando se producen resultados múltiples son importantes. Es fácil concluir que el sistema del *crimen culpa* no es respetuoso con el principio de legalidad, pues ni siquiera cumple con el principio de taxatividad en la definición penal y, en diversas ocasiones, llega a resultados absurdos. Por el contrario, el sistema de los *crimina culposa* concuerda con el principio de legalidad, proporciona la posibilidad de que el legislador sea taxativo en la descripción penal, permite cumplir con el principio de fragmentariedad y *última ratio*; además, al aceptar la teoría del concurso, logra una mayor coherencia en los supuestos de resultados múltiples... El Código Penal de 1995 adopta decididamente el sistema de los *crimina culposa*. Esto supone un cambio de gran envergadura, tanto en el terreno teórico como en el práctico... El Código parte en su artículo 10 de afirmar el principio de legalidad indicando que “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”, y en su artículo 12 de forma explícita señala que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”. De manera que el Código acoge un sistema de *numerus clausus*, por lo que únicamente existirán delitos imprudentes en aquellos casos que la propia ley indique. Se ha terminado con el sistema de la cláusula general omnicomprendensiva y con la indefinición típica. Ahora ya la ley, al igual que hace con los delitos dolosos, tendrá que determinar con todo rigor la hipótesis típica de los delitos imprudentes. También han concluido las discusiones acerca de si la figura dolosa aceptaba o no la forma culposa; ahora es la propia ley la que nos da una respuesta a esa pregunta”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: << El delito imprudente en el Código Penal de 1995 >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 40. Octubre-Diciembre, 1995. Págs., 2-4.

⁸¹⁷ POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 106. “El término “imprudencia” equivale al de “culpa”, y el de “imprudente” al de “culposo”. Aunque todos ellos se hallan ampliamente extendidos en la doctrina, la palabra “imprudencia” tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto al término “culpabilidad”, de uso muy distinto”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 292. “En el actual Código penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 sólo los hechos imprudentes que estén expresamente tipificados como delitos pueden ser objeto de sanción penal. Conforme al *principio de intervención mínima*, de toda la gama de acciones imprudentes que se dan en la vida diaria en los más diversos sectores y ámbitos el Código penal sólo eleva a la categoría de delitos la *imprudencia grave* en

Al regir un sistema de *numerus clausus*, no estando expresamente tipificada en el Código Penal la ocupación pacífica imprudente, la realización de tal conducta de forma imprudente es impune. Así lo reconoce la Jurisprudencia *menor*⁸¹⁸.

2.2.- Ocupación pacífica: Ocupación necesariamente dolosa

La usurpación impropia (pacífica) de bienes inmuebles, tanto en su modalidad de ocupar como en la alternativa de mantenerse, es necesaria y únicamente un delito doloso al no haberse previsto por el legislador la incriminación imprudente. Lo mismo puede decirse, tanto de la usurpación propia (la realizada con violencia o intimidación), como de las restantes modalidades usurpatorias contenidas en el Capítulo V del Título XIII del Libro II del Código Penal (alteración de términos o lindes y distracción del

relación a algunos tipos delictivos”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 291-292.

⁸¹⁸ *Vid.*, Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 2-7-1998, nº 730/1998, rec. 740/1998, Pte: San Millán Martín, José Antonio (EDJ 1998/21603); “Precepto que no admite formas comisivas imprudentes o negligentes (art. 12 del Código Penal)”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 30-9-2004, nº 403/2004, rec. 298/2004, Pte: Alhambra Pérez, María Catalina Pilar (EDJ 2004/278345): “Error... que llevaría a castigar los hechos como imprudentes y al no estar contemplada esta figura penal en el Código Penal de 1995, procede dictar una sentencia absolutoria”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, A 22-2-2008, nº 194/2008, rec. 59/2008, Pte: Cantero Aríztegui, Francisco Javier (EDJ 2008/40326): “La resolución recurrida debe ser mantenida habida cuenta que lo actuado no permite apreciar el dolo necesario, ni siquiera indiciariamente, para poder constituir el delito de usurpación, teniendo en cuenta que los iniciales moradores, que abandonaron el domicilio de la casa en ruinas posteriormente, en virtud de un contrato de alquiler, que, aun cuando, al parecer, fue otorgado por un ajeno a la propiedad, sin que ello fuera conocido por los moradores y en la creencia de que ostentaba tal cualidad de dueño, lo que supone un error, y que muta el delito en imprudente, y que, por la dicción del artículo 12 del Código Penal, supone una conducta impune, habida cuenta la tipificación únicamente dolosa del tipo penal en cuestión y regulado en el artículo 245.2 de dicho cuerpo punitivo”. Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, S 10-6-2008, nº 168/2008, rec. 158/2008, Pte: Sagüillo Tejerina, Ernesto (EDJ 2008/171324): “Error de tipo que, en el caso de su vencibilidad daría lugar a la consideración de la conducta como imprudente (artículo 14.1 del Código Penal), lo que en un delito que carece de tal forma de comisión produciría la absolución del mismo”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652): “El delito que nos ocupa, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 5 y 12 CP, es de naturaleza dolosa lo que significa que el sujeto ha de tener conocimiento y voluntad de cometerlo; quedan pues descartadas las modalidades culposas”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 25-6-2012, nº 485/2012, rec. 229/2012, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2012/200458): “Sin embargo, no contemplándose la modalidad imprudente en el delito de usurpación, la apreciación de un error vencible de tipo determina la absolución del acusado, dado que el artículo 12 del Código penal solo permite la condena por infracciones imprudentes cuando expresamente lo disponga la Ley”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “No se contempla en el Código la versión imprudente”.

curso de las aguas); al regir en nuestro Derecho penal un sistema de *numerus clausus* en relación a los delitos imprudentes, y no haberse tipificado ésta (art. 12 CP)⁸¹⁹.

En cualquier caso, afirma CARDONA TORRES que “es necesario dolo en la actuación del sujeto ocupante... pues, de lo contrario, al no constituir un delito, se trataría simplemente de una cuestión a resolver en la vía civil”⁸²⁰.

Para actuar dolosamente el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica. El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente a la conducta como típica (elementos objetivos del tipo). El conocimiento que se exige es actual, no basta uno meramente potencial. El sujeto ha de saber lo que hace, no basta

⁸¹⁹ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 210. “En relación con el tipo subjetivo es necesario que concorra dolo”. NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 381. “Todos los delitos [de usurpación] son dolosos”. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.... *Op. cit.*, Pág., 156. “Sólo son posibles las conductas dolosas”. SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial. II (I) Delitos contra el Patrimonio...* *Op. cit.*, Pág., 402. “Como es habitual en los delitos patrimoniales salvo los daños, se trata de comportamientos exclusivamente dolosos”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4^a.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 86. “Se trata de un delito claramente doloso, por lo que la Ley no castiga la comisión imprudente”. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* *Op. cit.*, Pág., 447. “Tampoco quedan previstas, en relación a estas conductas, modalidades de comisión imprudente”. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* *Op. cit.*, Pág., 506. “Todas las modalidades del delito de usurpación son dolosas (en estricta aplicación de lo establecido en el art. 12 del Código)”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 346. “Al margen de la falta de tipificación de las formas imprudentes”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 914. “No caben, “ex voluntate legislatoris”, las formas imprudentes, puesto que no están expresamente recogidas (art. 12 en relación con 245.2 del CP)”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Pág., 165. “Se tratará siempre de delitos dolosos, al faltar en el actual Código Penal una regulación genérica de la culpa (*crimen culpae*) y sin que la redacción de los distintos tipos penales permita formas imprudentes de culpabilidad”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 381. “No se contempla en el Código la versión imprudente”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 420.

⁸²⁰ CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...* *Op. cit.*, Pág., 252.

con que hubiera debido o podido saberlo. Esto no quiere decir que deba tener un conocimiento exacto de cada particularidad o elemento del tipo objetivo (v. gr., basta que se sepa que el inmueble es ajeno, aunque no se sepa exactamente de quién es). Además, para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Es necesario el elemento volitivo, querer realizarlos. Como dice SERRANO PIEDECASAS: “*El dolo debe abarcar todos los elementos que configuran el tipo objetivo, por ello el sujeto activo del delito debe querer ocupar o mantenerse en el inmueble conociendo que el mismo es ajeno y que carece de la autorización para ello*”⁸²¹.

De manera reiterada la Doctrina manifiesta que el dolo exige el conocimiento de todos los elementos que integran la conducta típica, en particular el carácter ajeno de los bienes inmuebles y la oposición del titular⁸²².

⁸²¹ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 420. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 268-269. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049): “No es un elemento del tipo el conocimiento de a quién corresponde la titularidad del bien, ni lo exige el dolo, bastando con que se sepa que la vivienda es ajena”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “Que concorra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización... El dolo debe abarcar todos los elementos que configuran el tipo objetivo por ello el sujeto activo del delito debe querer ocupar o mantenerse en el inmueble conociendo que el mismo es ajeno y que carece de la debida autorización para ello”.

⁸²² *Vid.*, ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 210. “Se requiere que concorra dolo en el autor, que abarque el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de la autorización del titular del mismo”. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.... *Op. cit.*, Pág., 266. “Esta figura requiere de los siguientes elementos... conocimiento y consciencia de la ajenidad y de la falta de autorización o de consentimiento... Como de todos es sabido, la aplicación del delito de ocupación pacífica de bienes requiere necesariamente el conocimiento por parte del sujeto activo de que lo está ocupando sin la debida autorización previa de su legítimo propietario o titular del derecho real en cuestión, o bien que se mantiene en el mismo contra la voluntad de su titular”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 811-814. “Requiere para su comisión los siguientes elementos... que concorra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio”. MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 959-960. “Para su comisión requiere la concurrencia de los siguientes extremos... que concorra dolo en el autor que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio”. MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley*... *Op. cit.*, Pág., 11. “Requiere para su comisión los siguientes elementos... que concorra dolo en el autor, que abarca el

La Jurisprudencia *menor* hace residir el dolo en el conocimiento del carácter ajeno del inmueble y la falta de consentimiento de su titular⁸²³.

conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio”. RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M^a.P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid...* *Op. cit.*, Pág., 152. “El autor ha de actuar con dolo, y por tanto, ha de conocer y querer ocupar un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no es morada sin autorización debida, o de permanecer en ella una vez que su titular ha puesto de manifiesto su voluntad en contra”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 346. “El dolo del autor requiere conocimiento de la falta de título y autorización para el acceso a la vivienda o para su posterior permanencia contra la voluntad del titular”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679. “Requiere para su comisión los siguientes elementos... que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio”. GIMBERNAT ORDEIG, E., MESTRE DELGADO, E., ET AL.: *Código Penal con concordancias y jurisprudencia...* *Op. cit.*, Págs., 575-576. “Debe existir, pues, un dolo genérico por parte del ocupante que sabe que no puede ocupar o permanecer al existir oposición del titular”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1318. “Estamos ante un delito doloso que exige conciencia de la ajenidad del bien, no contar con la autorización del poseedor u ocuparlo a sabiendas de la negativa expresa de que continúe la situación”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* *Op. cit.*, Pág., 3. “Un delito doloso que exige conciencia de la ajenidad del bien, no contar con la autorización del poseedor u ocuparlo a sabiendas de la negativa expresa de que continúe la situación”. IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*, Pág., 7. “El dolo deberá abarcar el conocimiento de la ausencia de título y de autorización para el acceso al inmueble, edificio o local o para la permanencia ulterior contra la voluntad del titular”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 399. “Para apreciar la comisión del delito de usurpación del art. 245.2 CP [se requieren] los siguientes elementos... que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio”. RUIZ BLAY, G.: << La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado >>... *Op. cit.*, Pág., 8. “Requiere para su comisión los siguientes elementos... que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio”. DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 768.

⁸²³ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314): “El delito de usurpación de inmuebles, introducido en el nuevo Código Penal, en su modalidad no violenta del número 2 del artículo 245, para dar cobertura penal específica a la ocupación de viviendas o edificios en contra de la voluntad de sus propietarios o poseedores, requiere para su comisión los siguientes elementos... d) *Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio*”. Numerosas resoluciones judiciales reproducen las mismas palabras, en relación a lo que debe abarcar el dolo. *Vid.*, Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 19-5-2005, nº 2099/2005, rec. 2241/2004, Pte: Domeño Nieto, Yolanda (EDJ 2005/132184); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 9-9-2005, nº 64/2005, rec. 41/2005, Pte: Cabrera Garate, Rubén (EDJ 2005/196011); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2007/219115); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2007/273901); Audiencia Provincial de

Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/63133); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 2-10-2008, nº 455/2008, rec. 257/2008, Pte: Perdices López, Araceli (EDJ 2008/247468); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/142401); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, María del Pilar (EDJ 2009/162720); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 22-6-2009, nº 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana María (EDJ 2009/397904); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 16-9-2009, nº 442/2009, rec. 150/2009, Pte: Morales González, Federico (EDJ 2009/336126); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 27-1-2010, nº 19/2010, rec. 9/2010, Pte: Molinari López-Recuero, Alberto (EDJ 2010/34631); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compained Plo, Mª del Carmen (EDJ 2010/96709); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2010/348972); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2011/330742); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 19-10-2011, nº 1080/2011, rec. 242/2010, Pte: Riera Ocariz, Adoración María (EDJ 2011/317552); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 22-3-2012, nº 316/2012, rec. 29/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/68246); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2012/224596); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 18-2-2013, nº 151/2013, rec. 859/2012, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa (EDJ 2013/59976); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 22-2-2013, nº 37/2013, rec. 358/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316614); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 25-2-2013, nº 69/2013, rec. 121/2013, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2013/135866); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 1-3-2013, nº 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz (EDJ 2013/230856); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-3-2013, nº 131/2013, rec. 76/2013, Pte: García Sánchez, Mª Jesús (EDJ 2013/60352); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 23-4-2013, nº 203/2013, rec. 151/2013, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2013/90098); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 25-4-2013, nº 358/2013, rec. 10/2013, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2013/137679); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 9-5-2013, nº 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2013/90363); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 5-7-2013, nº 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316835); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 13-9-2013, nº 323/2013, rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/181527); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 1-10-2013, nº 296/2013, rec. 108/2013, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316925); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, María Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 14-2-2014, nº 62/2014, rec. 1025/2013, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58502); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-2-2014, nº 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2014/22830); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 18-2-2014, nº 47/2014, rec. 31/2014, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2014/29724); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-3-2014, nº 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/38136); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa María (EDJ 2014/47368); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de A Coruña, sec. 2ª, S 5-5-2014, nº 281/2014, rec. 1355/2013, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen (EDJ 2014/133701); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 12-6-2014, nº 321/2014, rec. 19/2014, Pte: Navarro García, Montserrat (EDJ 2014/175875); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014,

Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-9-2014, nº 225/2014, rec. 310/2014, Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego (EDJ 2014/166484); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 9-10-2014, nº 421/2014, rec. 859/2014, Pte: Martínez García, Ángel Santiago (EDJ 2014/211825); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 12-11-2014, nº 1091/2014, rec. 414/2014, Pte: Riera Ocariz, Adoración María (EDJ 2014/255747); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 16-1-2015, nº 33/2015, rec. 334/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2015/54291); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 26-1-2015, nº 55/2015, rec. 477/2013, Pte: García Quesada, María Teresa (EDJ 2015/22101); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 26-2-2015, nº 93/2015, rec. 1236/2014, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2015/35113); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 2-3-2015, nº 154/2015, rec. 288/2015, Pte: Revuelta Iglesias, Ana Victoria (EDJ 2015/39081); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 5-3-2015, nº 180/2015, rec. 35/2015, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2015/94940); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 17-3-2015, nº 50/2015, rec. 161/2014, Pte: Orea Albares, María Victoria (EDJ 2015/45566); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 10-4-2015, nº 251/2015, rec. 544/2015, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2015/76376); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 27-4-2015, nº 307/2015, rec. 664/2015, Pte: Teijeiro Dacal, Francisco Javier (EDJ 2015/91360): *“Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio”*. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): *“Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización. Dada la existencia de un ánimo de lucro cabe realizar el tipo, por vía comisiva u omisiva, con dolo directo o eventual. No se contempla en el Código la versión imprudente. El dolo debe abarcar todos los elementos que configuran el tipo objetivo por ello el sujeto activo del delito debe querer ocupar o mantenerse en el inmueble conociendo que el mismo es ajeno y que carece de la debida autorización para ello”*. Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 14-5-2012, nº 146/2012, rec. 66/2012, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2012/267394): *“Que concurra dolo en el autor, conociendo la ajenidad del inmueble y la ausencia de autorización para permanecer en él”*. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 26-6-2013, nº 250/2013, rec. 340/2013, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2013/132603): *“Que concurra dolo en el autor que abarque el conocimiento de la ajenidad del inmueble y la oposición del titular del mismo”*. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 16-9-2013, nº 466/2013, rec. 28/2013, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José (EDJ 2013/217899): *“Que concurra dolo en el agente, en este caso, caracterizado por el conocimiento de la ajenidad del inmueble, la falta de título y la voluntad de desposesión”*. Algunas resoluciones judiciales inciden, sobre todo, en el elemento de falta de consentimiento. Vid., Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 15-9-2006, nº 474/2006, rec. 103/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/337878); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 16-10-2006, nº 532/2006, rec. 156/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/345975): *“El dolo del autor requiere conocimiento de la falta de título y autorización para el acceso a la vivienda o para su posterior permanencia contra la voluntad del titular”*. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 11-11-2014, nº 199/2014, rec. 200/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/277698): *“El dolo de dicho delito viene configurado por el conocimiento de los recurrentes de que ocupaban sin título alguno y de que el propietario se oponía a tal posesión pues, pese al conocimiento de que se había presentado la denuncia por esa ocupación, continuaron viviendo en el inmueble”*. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 28-1-2015, nº 19/2015, rec. 12/2015, Pte: Murillo y García Atance, Mauricio (EDJ 2015/20050): *“Existe el elemento subjetivo de lo injusto necesario, dolo de ocuparlo sin autorización expresa o tácita de su titular”*. Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 10-10-2012, nº 263/2012, rec. 97/2012, Pte: Díaz Sastre, Cristina (EDJ 2012/275339): *“El delito de usurpación tipificado en el artículo 245.2 del Código Penal por el que se viene acusando, requiere, como todos los tipos de usurpación, dolo en el autor, y en concreto dos elementos específicos: a) que la ocupación se haga sin autorización; y b) que el mantenimiento de la ocupación ilegítima de los bienes inmuebles ha de realizarse contra la voluntad de su titular”*. Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 5-7-2004, nº 47/2004, rec. 37/2004, Pte: Gutiérrez Sánchez-Caro, Manuel (EDJ 2004/77659): *“La sentencia dictada en el juicio oral, para absolver a los hermanos Lázaro y Gregorio fundamenta su razonamiento en lo que se pudiera denominar “criterio de normalidad”, y que para el Juez a quo lo constituye el hecho de que “... ocuparon el bien inmueble que ya venía explotando su padre desde el año 1990”, aseverando que “... si ello es así es legítimo pensar, como así pensaban ellos, que su padre tenía derecho a ocupar la finca y en consecuencia ellos también”, por lo que habla de una “apariencia de derecho” a su favor por la ocupación transmitida de su padre sin que nadie le desahuciara; y por ello niega que se cumplan los requisitos que integran el tipo del art. 245.2 del Código Penal, que requiere del conocimiento de que se carece de legitimación para la ocupación, por lo que no puede apreciarse la existencia de dolo, que vendría integrado por la circunstancia de que el sujeto activo está convencido de*

que no tiene derecho alguno a la ocupación, lo que aquí no concurría, ya que si ese sujeto activo "...parte de una situación de apariencia de derecho, bien por la existencia de una posesión previa por parte de su causahabiente o por la existencia de un título nulo aunque aparente válido, resulta evidente que no se cumple el tipo del art. 245 CP", por lo que dicta sentencia absolutoria. Se trata de criterio y pronunciamiento que no puede ser compartido por la Sala. Con tal pronunciamiento, el Juez *a quo* está desconociendo el resultado de la prueba, que en todo caso es desfavorable a los acusados, ya la practicada en el juicio oral, ya la documental incorporada a las actuaciones. No pueden los acusados, como no podía alegar su padre, apariencia alguna de buen derecho. En principio, existe constancia documental (incluso a los acusados se les requirió para que aportasen título acreditativo de la propiedad que decían ostentar sin que lo llevaran a cabo), de que la "Dirección000", propiedad del matrimonio formado por Humberto y Leonor, a su fallecimiento, el único de sus seis hijos que no heredó porción alguna de la misma, en todo ni en parte, fue su hija Olga (abuela de los acusados), por lo que si la misma no pudo transmitir ningún derecho sobre la finca a su hijo José Carlos (y padre de los hoy acusados), difícilmente éste pudo transmitir un derecho, que no lo tenía, sobre dicha finca a sus hijos, los hoy acusados. Es más, el único título de ocupación era el de arrendamiento, resuelto por sentencia firme y ejecutada (existió lanzamiento) de 27 de noviembre de 1989". Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 3ª, S 6-6-2000, rec. 3065/2000, Pte: Unanue Arratibel, Juana María (EDJ 2000/19345): "En el acto del juicio queda evidenciados los elementos a los que se alude en la resolución recurrida y caracterizadores *prima facie* del tipo penal de la usurpación que serán, a saber: La ocupación del inmueble. La falta de autorización del titular del mismo para la citada ocupación. Así como el *elemento intencional, doloso del tipo la conciencia de que se accede a un inmueble careciendo de la correspondiente autorización*". Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 12-6-2003, nº 106/2003, rec. 1002/2003, Pte: Rodríguez Acevedo, Concepción (EDJ 2003/65312): "En base a todo ello, la Juzgadora afirma también que de las declaraciones de los acusados, la documental aportada y la testifical practicada en autos se deducen todos los elementos para la aplicación del tipo de usurpación, cuales son: La ocupación del inmueble. La falta de autorización del titular para esta ocupación. *El elemento intencional doloso del tipo, conciencia de acceder al edificio careciendo de la correspondiente autorización*". Audiencia Provincial de León, sec. 1ª, S 12-5-2004, nº 122/2004, rec. 5193/2003, Pte: Lozano Gutiérrez, Alfonso (EDJ 2004/47445): "En conclusión, la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia condenatoria de Ismael como autor de un delito de usurpación procede al constar acreditados: 1º.- la ocupación del inmueble, 2º.- falta de autorización y oposición del titular para la misma, 3º.- *elemento intencional o doloso en cuanto conciencia de que se accede a un inmueble careciendo de la correspondiente autorización*, 4º.- satisfacción de los daños y perjuicios ocasionados". Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 24-11-2004, nº 228/2004, rec. 1112/2004, Pte: Moreno Galindo, Ana Isabel (EDJ 2004/230093): "Son elementos caracterizadores *prima facie* del tipo penal de la usurpación que regula el art. 245.2 del CP, la ocupación del inmueble y la falta de autorización del titular del mismo para la citada ocupación, así como *el elemento intencional doloso del tipo, esto es, la conciencia de que se accede a un inmueble careciendo de la correspondiente autorización*, en cualquier caso, se requiere una actuación con la finalidad de aprovechamiento o enriquecimiento de lo ajeno que caracteriza al mencionado delito, así como la existencia de un perjuicio". Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-10-2008, nº 488/2008, rec. 2851/2008, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis (EDJ 2008/289196): "En el caso de autos, de la prueba practicada (declaraciones acusados y testigos) resulta evidente que concurren en la conducta de los recurrentes los distintos elementos del referido tipo penal, a saber: 1.-La ocupación del inmueble y permanencia en él pese a la oposición de su titular; 2.-La falta de autorización del titular del mismo para la citada ocupación; y, 3.-Así como *el elemento intencional, doloso del tipo, la conciencia de que se accede a un inmueble careciendo de la correspondiente autorización*". Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 11-9-2012, nº 217/2012, rec. 410/2012, Pte: Nicolás Manzanares, José Manuel (EDJ 2012/208341): "Y es que, dejando sentado que el tipo penal del artículo 245.2 del Código Penal también requiere, como *elemento intencional, doloso del tipo, la conciencia de que se accede a un inmueble careciendo de la correspondiente autorización*". Otras resoluciones judiciales inciden en la ajenidad del inmueble como elemento integrante del dolo: Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 8-10-2008, nº 56/2008, rec. 29/2008, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración (EDJ 2008/312899): "Tiene por elementos del tipo... *el dolo del autor en dicha actuación que abarque el conocimiento de la ajenidad del inmueble*".

Para el Tribunal Supremo “lo que exige la realización del tipo, desde el punto de vista subjetivo, es la concurrencia de dolo, es decir el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización del titular del bien para la ocupación del mismo, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada”⁸²⁴.

2.2.1.- ¿VOLUNTAD DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD?

Un sector doctrinal, encabezado por ROCA AGAPITO, FERNÁNDEZ APARICIO, IBARRA SÁNCHEZ, OLIVAS DÍAZ, GÓMEZ IBARGUREN, BAUCCELLS I LLADOS, sostiene que el dolo del autor debe abarcar la voluntad de adquirir la propiedad ajena, lo que se concreta en la voluntad de establecerse y permanecer en el inmueble⁸²⁵.

⁸²⁴ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778): “Que concorra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada... Como ya hemos señalado, lo que exige la realización del tipo, desde el punto de vista subjetivo, es la concurrencia de dolo, es decir el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización del titular del bien para la ocupación del mismo, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada. Este elemento concurre, en consecuencia, cuando consciente y voluntariamente se supera la naturaleza de acto simbólico que la ocupación tenía inicialmente como protesta social, para convertirse en una ocupación permanente o indefinida, que necesariamente tenía que perturbar, y perturbó de un modo intenso y relevante, la posesión del titular”. Reproducen las palabras del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 12-2-2015, nº 89/2015, rec. 189/2014, Pte: Barrales León, María de las Maravillas (EDJ 2015/80202); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 26-2-2015, nº 199/2015, rec. 173/2014, Pte: Torras Coll, José María (EDJ 2015/54604); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 22-4-2015, nº 150/2015, rec. 79/2015, Pte: García Navascues, Víctor Manuel (EDJ 2015/96795); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 28-4-2015, nº 302/2015, rec. 655/2015, Pte: Rodríguez Padrón, Celso (EDJ 2015/72998); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 14-5-2015, nº 53/2015, rec. 33/2015, Pte: Suárez Sánchez, Urbano (EDJ 2015/89943); al decir: “Que concorra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada”.

⁸²⁵ Vid., ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 210. “Respecto al primer verbo rector del tipo implica un deseo de adueñarse, dado que el verbo ocupar en su sentido civilista equivale a un modo originario de adquirir la propiedad, tal como se infiere del propio art. 609 del Código Civil. Ocupar es, pues, aprehender con la finalidad de unirlo al patrimonio del sujeto ocupante al menos de una forma transitoria cuando no definitiva”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317. “Debiendo concurrir una voluntad de hacer la cosa como suya y con vocación de permanencia”. IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley*... *Op. cit.*, Pág., 7. OLIVAS DÍAZ vincula el ánimo de lucro con la voluntad de actuar en concepto de dueño al decir: “Debe exigirse la presencia de ánimo de lucro, es decir, la persecución de una utilidad a la hora de ocupar el inmueble que puede traducirse en la voluntad de actuar en concepto de dueño”. OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... *Op. cit.*, Pág., 63. “Respecto a que se haya de actuar a título de dueño, el

En ocasiones la Jurisprudencia *menor* ha exigido un dolo penal de apropiación de facultades del dueño⁸²⁶.

En contra de ese criterio, LLOP CUENCA, Y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA consideran que no es necesario el propósito de acceder a la propiedad del inmueble⁸²⁷.

Compartimos plenamente este último criterio al considerar que no es necesario adquirir la propiedad del inmueble para consumir este delito. Como ya expusimos en páginas anteriores, el bien jurídico protegido no es únicamente la propiedad; y, *ocupar* y

sujeto tiene que tener tal intención... La Jurisprudencia suele exigir, en este sentido, que la ocupación tenga una duración prolongada en el tiempo para que se complete este delito. No estoy del todo de acuerdo con esta apreciación, aunque es cierto que la ocupación por un tiempo prolongado de un bien inmueble es un indicio de la criminalidad de la conducta en sí. Digo esto ya que el delito de usurpación se consuma en el mismo momento en el que la ocupación o la estancia se ha producido, o una vez que se ha revocado la autorización, por lo que si el legislador hubiese querido introducir la duración de la ocupación dentro del tipo para apreciar la conducta delictiva lo hubiese hecho expresamente. Puede apreciarse, por lo tanto, el delito de usurpación de otras circunstancias de la conducta (por ejemplo, pintadas de un grupo "okupa" en el exterior del inmueble reivindicando la ocupación permanente del mismo) para apreciar la voluntad de actuar como titular de facto del bien, sin que la conducta de ocupación fuese muy prolongada". GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno "okupa" en el Derecho Español...* Op. cit., Pág., 12. "El actuar "en concepto de dueño" como elemento subjetivo requerido en estos delitos permitirá por un lado, junto a otros criterios objetivos relacionados con el bien jurídico determinar el carácter permanente de la acción "ocupar". En este sentido quedarían excluidas tanto del artículo 245.1 como del 245.2 CP las conductas de ocupar o mantenerse de forma pacífica en un bien inmueble deshabitado con cualquier otro ánimo". BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Pág., 147.

⁸²⁶ Vid., Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 4-4-2005, nº 48/2005, rec. 10/2005, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2005/36006): "No se estima que concurra el elemento subjetivo del injusto que reside en el ánimo de apropiación, ya sea del dominio, ya del uso, con visos de permanencia". Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 21-9-2006, nº 131/2006, rec. 43/2006, Pte: Tapia Parreño, José Jaime (EDJ 2006/410658): "Finalmente, aunque haya reconocido formalmente la titularidad dominical del denunciante, la persistencia en la actuación apropiatoria de la finca durante un tan largo período de tiempo (el relato fáctico de la sentencia refiere unos dos años), a pesar incluso de los requerimientos efectuados por el propietario y la propia Policía, supone claramente la existencia de un *dolo penal de apropiación de facultades del dueño en el comportamiento del acusado*". Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 23-12-2010, nº 412/2010, rec. 765/2010, Pte: Cano-Maillo Rey, Pedro V. (EDJ 2010/314778): "Estamos hablando en este ilícito de perturbaciones mantenidas, no transitorias; de una ocupación que ponga en solfa y entorpezca la efectividad de las facultades posesorias o dominicales, unido al *dolo consistente en el ánimo o voluntad de exclusividad en la detentación, con intención de ejercer derechos posesorios sobre el mismo*".

⁸²⁷ "Se exige dolo consistente en el ánimo o voluntad de exclusividad en la detentación del inmueble, con intención de ejercer derechos posesorios sobre el mismo, sin que sea necesario el propósito de acceder a la propiedad del inmueble". LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles...* Pág., 5. "El dolo del autor... se dirige exclusivamente a la ocupación o permanencia, sin intención de apropiación definitiva". MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639.* DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... Op. cit., Pág., 1679.

usurpar son conductas diferentes. *Ocupar* implicaría una mera perturbación en el uso o disfrute del inmueble, sin ánimo de poseer la cosa como propia; mientras que *usurpar* significaría atribuirse la titularidad de un derecho real sobre un inmueble. La *ocupación* constituye fundamentalmente un ataque contra la tenencia legítima de un bien inmueble (por parte de su propietario, de su poseedor o de un simple tenedor de hecho), pero no necesariamente implica la negación de un derecho real de propiedad o de cualquier otro tipo. Por el contrario, la *usurpación* supone ineludiblemente la negación de un derecho real a quien es su legítimo titular. Así, sujeto pasivo de la ocupación puede ser quien posee de hecho sin ser titular de un derecho real sobre el inmueble; y sujeto pasivo de la usurpación es únicamente el titular del derecho real sobre el mismo. Por *ocupar* no podemos entender despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica, pues, ello sería reiterativo, ya que ocupar, así entendido, no sería sino usurpar el derecho de propiedad, de usufructo... del titular correspondiente para subrogarse en los efectos de una titularidad ajena⁸²⁸.

Algunas resoluciones de la Jurisprudencia *menor*, consideran que no es necesario el propósito de acceder a la propiedad del inmueble. El Tribunal Supremo considera suficiente con que el dolo abarque la *efectiva perturbación de la posesión del titular*⁸²⁹.

2.2.2.- DOLO SOBREVENIDO

Nada impide que pueda surgir en el sujeto activo el dolo de ocupación o mantenimiento, respectivamente, una vez producida la entrada, efectuada ésta con fines

⁸²⁸ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario...* Op. cit., Págs., 80-84; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* Op. cit., Pág., 21; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 127-128.

⁸²⁹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 18-2-2013, nº 135/2013, rec. 472/2012, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del (EDJ 2013/37430); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 30-5-2013, nº 144/2013, rec. 203/2013, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2013/107785): “Se exige el dolo, consistente en el ánimo o voluntad de exclusividad en la detentación del inmueble, con intención de ejercer derechos posesorios sobre el mismo, *sin que sea necesario el propósito de acceder a la propiedad del inmueble*”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778): “Lo que exige la realización del tipo, desde el punto de vista subjetivo, es la concurrencia de dolo, es decir el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización del titular del bien para la ocupación del mismo, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva *perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada*”.

de no ocupación, o una vez agotada la estancia legítima. Es lo que HERRERO HERRERO califica como “dolo sobrevenido”⁸³⁰.

Así, MANZANARES SAMANIEGO sostiene que “el dolo de la ocupación puede ser posterior a la entrada, como es posible igualmente que haya autorización para la entrada o para una breve estancia (v. gr., para surtir de agua) y se produzca luego una verdadera ocupación con la comisión del correspondiente delito en su modalidad positiva: se habrá ocupado el espacio típico sin la autorización debida”⁸³¹.

2.2.3.- DOLO EVENTUAL

La modalidad violenta (art. 245.1 CP) exige que el dolo sea directo, pues la violencia o intimidación en las personas hacen inviable el dolo eventual. La ocupación pacífica de bienes inmuebles (art. 245.2 CP), en cambio, sí lo admite.

Sólo aquellos que exigen además del dolo un particular elemento subjetivo (ánimo de lucro) se oponen a la posibilidad de que pueda realizarse esta conducta mediante dolo eventual⁸³².

⁸³⁰ HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Pág., 165.

⁸³¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 914. “Por último, refiriéndose al ámbito temporal, hoy hay acuerdo en que el dolo ha de ser actual, concurriendo en el momento de realización del tipo objetivo, y siendo en cambio rechazables tanto el *dolus antecedens* (o dolo antecedente: dolo en una conducta inicial o anterior, aunque sea el origen de la actual no dolosa) como el *dolus subsequens* (dolo subsiguiente: tras una actuación no dolosa desencadenante del curso causal sigue una omisión de contrarrestarlo, ahora ya con deseo, que algunos llaman impropriamente dolo, de que se produzca el resultado)”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 253-254.

⁸³² ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 210. “Ambas modalidades de ocupación pueden cometerse tanto por dolo directo como por dolo eventual, ya que el ánimo de lucro no forma parte del tipo”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223. “La modalidad activa puede cometerse tanto por dolo directo como por dolo eventual... ya que el lucro ni forma parte del tipo ni, en consecuencia, se adelanta en un ánimo que, como elemento subjetivo del injusto, dificultaría la concurrencia de dicho dolo eventual. La situación se repite sustancialmente en la modalidad omisiva. Cabría incluso imaginar... algún supuesto en el que el tipo objetivo se realiza más por imprevisión o escaso cuidado que con voluntad consciente”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 914. “Ambas modalidades típicas pueden ser cometidas, únicamente, por vía dolosa. Tanto con dolo directo como con dolo eventual. También con dolo eventual, puesto que... no hay exigencia de elementos subjetivos del injusto”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Pág., 165. “Dada la inexistencia de un ánimo de lucro cabe realizar el tipo, por

La Jurisprudencia *menor* reconoce la posibilidad de cometer este delito mediante dolo eventual⁸³³.

vía comisiva u omisiva, con dolo directo o eventual”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 420. “Dolo directo. Esta clase de dolo puede, a su vez, distinguirse en grados. En el llamado dolo directo de primer grado el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de mera actividad)... Dentro del dolo directo se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende... se habla en este caso de dolo directo de segundo grado... En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado pero “cuenta con él”, “admite su producción”, “acepta el riesgo”, “no le importa lo que pase”, etc... El dolo eventual constituye, además, la frontera entre el dolo y la imprudencia, sobre todo con la llamada imprudencia consciente”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 270-271. “Su diferenciación [dolo eventual y culpa consciente] es uno de los problemas más complejos de toda la Dogmática de la Parte general... Se han formulado al respecto dos teorías: la teoría del consentimiento o de la aprobación y la teoría de la probabilidad o de la representación. Según la teoría del consentimiento habrá dolo eventual si el autor consiente o acepta la producción del resultado, mientras que deberá apreciarse culpa consciente o con representación cuando el autor confía en que el resultado no se produzca. Esta teoría ha encontrado una amplia acogida en la doctrina y es acogida por el Tribunal Supremo. Realmente en esta doctrina el sujeto no acepta ni es consciente del resultado sino únicamente la posibilidad de que se produzca. Según la teoría de la probabilidad habrá dolo eventual si el sujeto considera probable la producción del resultado, mientras que habrá culpa consciente cuando el sujeto considere el resultado meramente posible. La diferencia entre ambas figuras se hace depender aquí de un elemento volitivo”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* *Op. cit.*, Pág., 107. “En realidad no es posible encontrar una teoría que permita distinguir nítidamente dolo e imprudencia, ya que se trata de conceptos contiguos, situados en una escala gradual sin puntos de corte relevantes. Cuando nos movemos en los extremos (conductas de muy alta y muy baja peligrosidad) no hay problema para distinguir, pero en la zona media la decisión se vuelve arbitraria”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 3.- Dolo, imprudencia y error >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 257. En relación al dolo eventual Vid., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* *Op. cit.*, Págs., 128-134; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 624-632; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 464-469; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 286-291; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Págs., 271-276; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 245-253; LUZÓN PEÑA, D.M.: << Dolo y dolo eventual: reflexiones >> en *Manuales de Formación Continuada*. Núm. 4. Problemas específicos de la aplicación del Código penal. Año 1999. Págs., 117-152.

⁸³³ Vid., Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131): “Los tres delitos imputados por la acusación particular tienen en común que: a) son considerados por el legislador como delitos patrimoniales, b) que deben tener por objeto un inmueble ajeno a la titularidad del sujeto activo del delito (ajeno al vendedor es el bien que vende en el caso de la estafa, ajeno es el bien inmueble que se ocupa en el delito de usurpación y ajeno es el bien inmueble que sufre un deterioro patrimonial en el delito de daños) y c) que *deben ser cometidos de forma dolosa, bien con la concurrencia de dolo directo o bien con dolo eventual*, incluso, como hemos indicado para el delito de daños, con dolo de consecuencias necesarias”. Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 5-6-2014, nº 55/2014, rec. 34/2014, Pte: Suárez Sánchez, Urbano (EDJ 2014/112636): “El hecho, declarado probado, de que permanecieron en ella a pesar del requerimiento de que la abandonasen, también es dato a tener en cuenta porque si existe el error hasta ese momento, cuando menos, al indicarle que deben abandonar el inmueble, alguna gestión o indagación deberían haber realizado con el fin de contrastar si lo que ellos sostienen, que la propiedad era de otra persona según la información que tenían, una tal Aureliano y su hija Florinda, o la que les expresaba Plácido, que la vivienda era de él y sus

3.- Otros elementos subjetivos del tipo de injusto

El tipo de injusto, conforme a la tesis finalista, en su aspecto subjetivo (tipo subjetivo) abarca el dolo o la imprudencia; y en su caso, todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización, a los que se les conoce como elementos subjetivos del tipo (o del injusto). Estos elementos subjetivos específicos no coinciden con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito (v. gr., el ánimo de lucro...)⁸³⁴.

hermanos, era lo cierto y en tales circunstancias no existe error sino *un deseo de no querer saber, que es algo muy diferente ya que implica, como poco, la presencia de un dolo eventual*". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815): "Que concorra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización o de la manifestación de la oposición del titular del edificio... Esta voluntad, como elemento o presupuesto del delito, debe ser abarcada por *el dolo del agente, que debe conocerla o cuando menos tener motivos para suponer que muy probablemente quien sea titular del inmueble es contrario a su uso por terceros (dolo eventual)*". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 28-1-2015, nº 36/2015, rec. 1299/2014, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2015/15519): "De este modo, dentro de los esquemas conceptuales manejados por el Derecho Penal del Common Law, la willful blindness se equipararía en unos casos al "dolo directo" del Derecho Penal europeo continental y, en otros, cuando no es tan alta la probabilidad de que el hecho a cuyo conocimiento en sus verdaderas dimensiones se niega conscientemente el sujeto, se asimilaría a la "recklessness", de contornos imprecisos, que oscilaría (dentro del cuadro conceptual continental) entre una imprudencia temeraria cualificada y el dolo eventual. En España, la Sentencia 633/2009, de 10 de junio, de cita tópica, recordó que "... para la ejecución de los delitos previstos en el artículo 368 del Código Penal es suficiente el dolo eventual. "... Se ha entendido que existe dolo eventual cuando el autor conoce el peligro concreto de realización del tipo que genera con su acción y a pesar de ello la lleva a cabo. Sobre la base de ese conocimiento, se afirma que la ausencia de conductas de comprobación indican al menos la indiferencia del sujeto hacia los extremos no comprobados. Si quien realiza el transporte de la droga no opone ningún obstáculo a ello ni comprueba lo que realmente constituye el objeto de la acción, ello indica que estaba dispuesto a ejecutarla en cualquier caso. Por ello, lo que se conoce como ceguera voluntaria (willfull blindness) no excluye la responsabilidad criminal por la acción ejecutada..." Reitera esta doctrina la Sentencia 908/2012, de 19 de noviembre, en la que se lee: "... resulta indiferente si actuó con dolo directo, o eventual, que ha de basarse en la teoría de lo que esta Sala Casacional ha denominado "ignorancia deliberada", deducida de la falta de control en la solvencia de los prestatarios, pues, como dice la STS 633/2009, de 10 de junio, quien se encuentra en una situación que se conoce como ceguera voluntaria (willfull blindness), no está excluido de responsabilidad criminal por la acción ejecutada. En ocasiones, naturalmente, su actuación no es omisiva, sino positiva y activa, dando por buenos unos informes de solvencia que resultan completamente inconsistentes o simplemente falsos, o agilizando los trámites para conseguir el crédito en escasas horas....". En este caso, Adoración no preguntó, porque, dadas las circunstancias concurrentes, tenía la certeza de lo que estaba ocurriendo y actuando de ese modo suponía (infundadamente) que se sentiría a resguardo de cualquier acusación. Por otro lado, en la sentencia recurrida se recuerda que, al menos desde abril del 2010, en que prestó declaración en el Juzgado de Instrucción y quedó enterada de la ilicitud de la ocupación, esa suerte de dolo eventual cualificado se convirtió en un dolo directo pues, pese a la información recibida, siguió manteniéndose voluntariamente en el piso hasta el 15 de julio siguiente, fecha en que lo desalojaron por haber solucionado de otro modo su situación".

⁸³⁴ Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 254-256; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 287; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs.,

Los elementos subjetivos de la figura delictiva “caracterizan más precisamente la voluntad de actuar del autor”, y modalizan la afección del bien jurídico exigida por el

277-278. “Desde Mezger (1926) es tradicional la clasificación de los tipos con específicos elementos subjetivos en delitos de intención (o de tendencia trascendente), delitos de tendencia (intensificada) y delitos de expresión. Tal clasificación presenta sin embargo, como vamos a ver, algunos problemas en cuanto a si sobra el tercer grupo y si falta algún otro. 1.- Delitos “de intención” o “de tendencia interna trascendente”: delitos cortados de resultado y delitos mutilados de dos actos. En primer lugar están los delitos “de intención”, también denominados “de tendencia interna trascendente”. En ellos se requiere obrar con el ánimo, finalidad o intención adicional de lograr un ulterior resultado o una ulterior actividad, distintos a la realización del tipo. No se trata por tanto de la finalidad o dolo directo de realizar el propio tipo objetivo, sino de una finalidad o ánimo que es diferente y va más allá de (trasciende a) la realización del tipo. Si el tipo requiere el ánimo de producir con la conducta típica un ulterior resultado, p.ej. el ánimo de causar perjuicio a un tercero o a los acreedores en las falsedades del art. 395 o en el alzamiento de bienes del art. 257.1.1º, se habla de “delitos cortados de resultado” (kupierte Erfolgsdelikte, lo que más frecuentemente se traduce como “delitos de resultado cortado”). Y si lo requerido es el ánimo o intención de llevar a cabo una ulterior actividad distinta de la conducta típica, se denominan “delitos mutilados de dos actos”, como p. ej. en la rebelión el alzarse públicamente para ejecutar ciertos actos inconstitucionales, o la posesión de drogas para traficar (arts. 472, 368). En ambos casos se anticipa la consumación a la realización de la actividad típica unida a la intención de causar un resultado o efectuar una segunda actividad, pero sin necesidad de que se produzca el ulterior resultado o actividad”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 232-233. MIR PUIG, entre los elementos subjetivos constituidos por una “tendencia interna trascendente”, pone como ejemplo “el ánimo de lucro con que ha de tomarse la cosa ajena en el hurto (art. 234 CP)”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 287. “2.- Delitos “de tendencia” o “de tendencia intensificada”. Hay también delitos “de tendencia”, también denominados “de tendencia intensificada”. En ellos la tendencia o intención no es trascendente a la conducta típica, no pretende un ulterior objetivo: O bien sucede que el tipo requiere el ánimo o tendencia de realizar precisamente la propia conducta típica, p.ej. en el art. 408 la intención del funcionario precisamente de no perseguir delitos, o según doc. dom. la finalidad de deshonrar, desacreditar o menospreciar o *animus iniuriandi* en las injurias. O bien sucede que una determinada tendencia o sentido subjetivo es inherente a la acción típica o a un elemento típico, p.ej. en expresiones como “simular” (falsedades, simulación de delito, estafa, etc.) o “acechar”, o, según la doctrina mayoritaria (aunque muy discutible), los abusos sexuales o deshonestos, a los que sería inherente el “ánimo lúbrico”. En el primer caso se trataría de la exigencia, no de dolo en general, sino de la forma más intensa de dolo (el directo de 1º grado), y en el segundo caso más bien de elementos mixtos de sentido objetivo-subjetivo; pero en ambos casos la tendencia no va más allá, no es trascendente respecto de la propia conducta típica. 3.- ¿Delitos “de expresión”? Es cuestionable a mi juicio la categoría de los delitos “de expresión”. Con ella se quiere indicar que determinados delitos, cuya acción exterioriza un proceso interno, requieren conocimiento de los elementos o requisitos objetivos, p. ej. conocimiento de la falsedad en el falso testimonio o en la acusación y denuncia falsas (arts. 458 ss., 456 CP). Sin embargo, por una parte, puede entenderse que ese conocimiento de los elementos típicos objetivos (suponiendo que sea correcta la interpretación que lo exige), no es otra cosa que el propio dolo. Y sea como sea, por otra parte, la exigencia de obrar “con conocimiento” o “a sabiendas” (equivalga a cualquier clase de dolo o sólo al dolo directo, excluyendo el eventual) no se contiene sólo en delitos de expresión, sino también en tipos completamente diferentes. 4.- Delitos con elementos de la “actitud interna”. Además y en lugar del discutible grupo, conviene añadir a los dos primeros grupos los delitos con elementos de la “actitud interna” (incluyendo no sólo los puramente subjetivos, sino los mixtos en formas de agresión -como la alevosía o el ensañamiento- que revelan también una disposición de ánimo), que ya hemos visto que pertenecen a la parte subjetiva del injusto y no a la culpabilidad, y que, como destaca un sector, no siempre pueden incluirse sin forzamiento en las categorías anteriores. Así sucede, aparte de en los casos mencionados de la alevosía o el ensañamiento en el asesinato (art. 139,1ª y 3ª CP), en otros ej. tb. citados, como “móviles abyectos o fútiles” como circunst. del asesinato que preveían el P 1980 y el AP 1983 (arts. 156,2ª y 140,2ª) además del actual “por precio, recompensa o promesa” (art. 139,2ª CP), “consciente desprecio por la vida” (art. 384) o “ensañamiento” (art. 148,2.º), etc. (o en el CP 1944/73, “acusada brutalidad”: art. 421,1.º, “premeditación”: art. 406,4.ª, o móvil de “ocultar su deshonra”: art. 410)”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 234-235.

delito. En palabras de ROXIN “un elemento subjetivo puede caracterizar el tipo delictivo al referirse al bien jurídico protegido; pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto”. En todo caso, si consisten en una determinada intención, ésta va más allá de la parte objetiva del tipo. Los elementos subjetivos del tipo se distinguen de los elementos subjetivos de la culpabilidad en que éstos no se relacionan con el bien jurídico protegido y la clase de delito, sino que contribuyen a caracterizar la formación de la voluntad del autor, en cuanto dejan traslucir en un sentido más o menos negativo la actitud interna de la que ha surgido la decisión de cometer el hecho y circunscriben motivos, sentimientos o actitudes internas independientes⁸³⁵.

⁸³⁵ Vid., ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito...* Op. cit., Pág., 312; PÉREZ MANZANO, M.: << El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. 1/1994. El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria. Año 1994. Pág., 2. “En cambio, cuando un elemento no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquél (y agravantes por regla general), se trata de elementos de la culpabilidad... Los llamados elementos de la actitud interna (*Gesinnungsmerkmale*), que plantean especiales dificultades para ubicarlos en el injusto o en la culpabilidad. Estos elementos (como "malicioso", "desconsiderado", "cruel", "brutal") describen una disposición interna normalmente censurable del sujeto al realizar su conducta en la concreta situación del hecho. Tales circunstancias son elementos de la culpabilidad en la medida que sólo caractericen una constitución interna añadida al tipo delictivo... Junto a estos elementos de la actitud interna "propios" también los hay "impropios", que según una concepción muy discutida, pero correcta, pertenecen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad. Un ejemplo de ellos lo constituye el elemento "cruelmente"... "alevosía"... En los elementos de la actitud interna hay que diferenciar: ni pertenecen sólo al injusto, ni se los puede considerar todos como meros elementos de la culpabilidad. Por el contrario, hay elementos de la actitud interna propios, que sólo pertenecen a la culpabilidad (p. ej., maliciosamente, desconsideradamente, móvil abyecto), e impropios (o más correctamente: semi), que hay que imputar en parte al injusto y en parte a la culpabilidad (de modo cruel, alevoso, brutal). En los elementos de la actitud interna impropios el tipo y la culpabilidad resultan entrelazados de modo similar (¡no igual!) a como lo son tipo y antijuridicidad por los elementos de valoración global del hecho. Además existen también elementos de la actitud interna aparentes (como "astucia"...), que en realidad no designan una actitud interna, sino sólo una forma de ataque y son por ello puros elementos del injusto”. ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito...* Op. cit., Págs., 312-316. “Para un sector existen determinados elementos subjetivos o anímicos que contienen algunos tipos delictivos, concretamente los elementos de la "actitud interna" (*Gesinnung*) del sujeto, como p.ej. su actuación con "crueldad", "desconsideración", "móviles abyectos", "consciente desprecio por la vida" (art. 384 CP), "acusada brutalidad" o "ensañamiento" (art. 148,2.º), "premeditación" (art. 406,4.ª CP 1944) o "aumentando deliberada e inhumanamente el dolor" (art. 139,3.ª CP), móvil de "ocultar su deshonra" (art. 410 CP 1944), etc., que pese a todo no serían elementos subjetivos del tipo, sino de la culpabilidad, porque fundamentan o agravan (o disminuyen, como sucedía en el art. 410 CP 1944) la reprochabilidad del hecho. Sin embargo, si se entiende (como aquí) que la culpabilidad significa un filtro que, en función de la normal, disminuida o nula (o prácticamente nula) motivabilidad del sujeto por la norma, permite total o parcialmente o excluye la posibilidad de atribución individual al sujeto del hecho injusto con toda su gravedad objetiva y subjetiva, entonces tales elementos de la actitud interna (criticables o no) no tienen que ver con la culpabilidad, sino que cofundamentan, agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (a veces subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo; son por tanto también elementos subjetivos del tipo o del injusto (así tb. Mir)”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 233.

3.1.- Ánimo de lucro

3.1.1.- CONCEPTO

La Jurisprudencia ha difuminado el alcance de la expresión “ánimo de lucro”, que concurre cuando el sujeto activo persigue, con su acción, cualquier aprovechamiento o satisfacción, para sí o para un tercero, aunque ni siquiera llegue a tener (en evidente contrasentido etimológico) contenido económico, y el autor persiga tan solo, por ejemplo, la utilidad contemplativa del objeto sustraído. Así se ha establecido que el ánimo de lucro “no consiste sólo en un beneficio monetario, sino en cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio perseguidos por el agente, incluso los meramente contemplativos, o con fines benéficos, o la vanagloria”.

La exigencia de ánimo de lucro en estos delitos ha perdido, de este modo, su significado originario, y aun su utilidad, lo que permite cuestionar el motivo por el que el Legislador ha estimado conveniente seguir utilizándolo para la descripción de las conductas prohibidas⁸³⁶.

⁸³⁶ MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 308-309. A título ejemplificativo, *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-7-1998, nº 989/1998, rec. 2853/1997, Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDJ 1998/11376): “De acuerdo con una ya tradicional doctrina (ver la Sentencia de 20 de junio de 1985) el ánimo de lucro es requisito consustancial en los delitos contra la propiedad, siquiera en alguno de ellos jueguen otros factores preponderantes, tales el engaño en la estafa o el abuso de confianza en la apropiación indebida. Animo de lucro que, para los delitos de robo, ha de ser sinónimo de provecho en sentido amplio, al menos desde el punto de vista gramatical como garantía, del latín "lucrun", que se obtiene de cualquier operación, negocio o acto, de la índole que sea, lo que aplicado al campo penal supone entonces el propósito de obtener esa ventaja económica que contemplada dentro de la íntima conciencia del sujeto activo de la infracción se traduce, simplemente, en un "cuasi derecho" de adquisición adornado por la gratuidad y la antijuricidad, en tanto que gratuita e ilegalmente se desenvuelve la conducta de quien, con o sin violencia, hace suyas las cosas ajenas quizás en contravención del dicho de las Partidas "ninguno non deve enriquezer tortizadamente con daño de otro". Con posterioridad a la consumación de la infracción resulta ya irrelevante, en este ámbito jurisdiccional, el destino ulterior de ese provecho o incluso el efecto final que se vaya a producir en beneficio del autor del delito o en beneficio de cualquier otra tercera persona, decía la Sentencia de 20 de diciembre de 1984, todo lo cual es consecuencia de las propias fuentes jurídicas de donde dimanan la teoría jurídica y penal de los delitos contra la propiedad, derecho natural en suma, en las que desde el principio claramente se fraguó la más perfecta distinción entre causa y móvil, "finis operi" y "finis operatis", causa de la acción y móvil del agente, porque ello consolida la coexistencia, junto al ánimo de lucro o ánimo de patrimonial beneficio, de móviles o impulsos ajenos por completo a la causa productora del hecho ilícito, sin influencia alguna en la intención anímica aunque indudablemente produzcan, o puedan originar, otros efectos distintos agravatorios, atenuatorios o incluso, en supuestos excepcionales, eximentes. *El ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto está ahora subsumido en la conducta enjuiciada si, en resumen de lo expuesto y en el contorno de una amplia mecánica interpretativa, tal dolo*

Sin llegar a este extremo en la definición de ánimo de lucro (pues supondría que en todo delito concurre este ánimo), y siguiendo a HUERTA TOCILDO, entendemos que existe ánimo de lucro cuando la acción “persiga un propósito lucrativo cifrado en la

específico significa penalmente cualquier tipo de beneficio, ventaja o utilidad, incluso meramente contemplativa, altruista, política o social, por supuesto sin causa moral o legal, cierta o posible, que autorice esa conducta. En el presente caso el ánimo de lucro, a determinar siempre por medio del correspondiente juicio de valor, surge, como se acaba de decir, de los hechos acaecidos que traslucen, tras la oportuna inferencia de los jueces, una manifiesta intención y finalidad lucrativa”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 28-10-1997, nº 1/1997, rec. 880/1991, Pte: Vega Ruiz, José Augusto de (EDJ 1997/8154): “*Ánimo de lucro, entendido éste en el más amplio significado, y esto es importantísimo ahora decirlo, como cualquier beneficio, ventaja o utilidad, incluso meramente contemplativa, altruista, política o social.* La causa de la acción es distinta, pero conexa, a los móviles o impulsos que siendo ajenos a aquélla, puede no obstante originar efectos agravatorios, atenuatorios e incluso eximentes”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-9-2009, nº 886/2009, rec. 2204/2008, Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDJ 2009/217437): “En cuanto al ánimo de lucro, la reiterada jurisprudencia de esta Sala lo establece a través de datos objetivos. Uno de ellos es que la aportación del acusado esté encaminada, como sucede en el caso presente, a facilitar que los efectos procedentes de un delito contra la propiedad del que no es necesario conocer sus detalles queden a salvo de las pesquisas de los investigadores y con ello puedan beneficiarse en el momento oportuno. Por otro lado, no es necesario que el receptor se beneficie en una cantidad económica o que consiga para sí uno de los efectos robados. *Es suficiente cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, aunque sean meramente contemplativos, incluso beneficios o la vanagloria de haber aportado un acto de apoyo que le permite recibir el reconocimiento de los beneficiados o su mayor integración en el grupo*”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-7-2005, nº 986/2005, rec. 103/2004, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2005/139936): “La conducta típica ha de ser realizada “con ánimo de lucro”... requisito que ha de ser interpretado conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala para otros delitos patrimoniales (hurtos, robos, apropiaciones indebidas, estafas), en sentido amplio como “animus lucri faciendi gratia”, es decir, considerándolo como *propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro era propio o ajeno, es decir, que se actúe con propósito de obtener beneficio para sí mismo o para un tercero, siendo también indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el ánimo contemplativo* (SSTS. 29.7.98 EDJ 1998/9430, 17.12.98 EDJ 1998/30964, 24.11.2003 EDJ 2003/209410), por cuando las finalidades últimas que pretendía con su acción son ajenas en este supuesto al derecho penal (móvil)”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 19-7-2012, nº 642/2012, rec. 1717/2011, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2012/154675): “En todo caso no debe olvidarse que es doctrina reiterada de esta Sala, como es exponente la Sentencia 886/2009, de 11 de septiembre, que respecto al ánimo de lucro... *Es suficiente cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, aunque sean meramente contemplativos, incluso beneficios o la vanagloria de haber aportado un acto de apoyo que le permite recibir el reconocimiento de los beneficiados o su mayor integración en el grupo*”. Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 29-6-2006, nº 157/2006, rec. 200/2006, Pte: Moreno Gómez, Felipe Luis (EDJ 2006/388990): “Es cierto (sentencias de A.P. de Burgos de 17-5-04 y A.P. de Madrid de 12-12-03) que el delito de usurpación consistente en la ocupación de un inmueble de ajena pertenencia, amén del conocimiento de dicha ajenidad, requiere que la acción de ocupar esté presidida por un ánimo de lucro en quien la ejecuta, pero lo que no cabe es exigir la permanencia de dicha ocupación cuando, tal y como aquí acontece, fue la inmediata actuación policial la que puso fin a la presencia del intruso en el interior del inmueble mientras éste aun buscaba una dependencia adecuada en la que acomodarse (por ello precisamente la sentencia apelada haciéndose eco del nivel de ejecución alcanzado formula un concreto reproche a título de tentativa), *ni tampoco confundir el ánimo de lucro con una mero beneficio económico o de carácter patrimonial, pues pacífico es que dicho requisito se colma en cualquier ventaja, provecho o utilidad que se propusiera obtener el acusado con su antijurídica conducta, esto es con la satisfacción de un puntual interés, y no cabe duda de que, sea cual fuese, ese interés anidaba en el ánimo del sujeto cuando ejecutó los hechos que la sentencia considera probados merced a una adecuada valoración de la prueba practicada*”.

intención de obtener una ventaja patrimonial a través del correlativo perjuicio, económicamente evaluable, ocasionado al patrimonio del sujeto pasivo”⁸³⁷.

⁸³⁷ HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 92. DE LA MATA BARRANCO distingue entre el concepto amplio, y el concepto económico de ánimo de lucro. El primero es definido como “la intención del sujeto activo de obtener cualquier tipo de beneficio, ventaja, utilidad o provecho, aunque sean de carácter contemplativo... [El segundo, que se subdivide en concepto económico subjetivo y objetivo, es definido] como ventaja o beneficio patrimonial, criticando el concepto amplio de lucro por su misma amplitud, que implica concebir como lucro cualquier ventaja de carácter político o social que se obtenga o pretenda, lo cual... va en contra del sentido legal de los preceptos patrimoniales... (añade además la imposibilidad de distinción que con dicho concepto se produce, entre los tipos de hurto y daños)”. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación. (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)... Op. cit.*, Págs., 243-245. “Interpretar “lucro” en un sentido amplio, como cualquier clase de beneficio, utilidad o provecho, aun moral o afectivo, extiende en demasía la noción de lucro, en contra de la connotación económica que le imprimen las normas penales que los regulan”. MAYER LUX, L.: << El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales >> en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Núm. XLII. Primer semestre. Año 2014. Pág., 294. “Apunta Rodríguez Devesa que lucro, en sentido vulgar, significa provecho, y advierte lo inútil de tal observación gramatical, que no es más que un innecesario cambio de palabras. Lo que se trata de saber precisamente es que hay que entender por lucro o provecho. Un sector doctrinal ha entendido la expresión en un sentido amplio como “cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho” o como cualquier beneficio material o moral. Una interpretación de esta índole amplía demasiado el concepto de lucro, debiendo incluirse, por ejemplo, cualquier ventaja de carácter político o social en contra de lo que, evidentemente, es el sentido legal. Pero el argumento decisivo contra este entendimiento, es que, sin duda, no permite distinguir entre el delito de hurto y el delito de daños, por lo que es rechazado por la doctrina dominante. Quintano hace observar que “hay provechos y utilidades que no sería procedente encuadrar en tales delitos (s. s. de apoderamiento), sino en los de daños; como el del tan repetido ejemplo del comerciante que para aumentar sus ganancias, esto es, con propia utilidad y provecho, destruye la tienda del concurrente” o el del que destruye la cosecha ajena para revalorizar la propia. Rodríguez Mourullo recoge, por su parte, el ejemplo escolástico del coleccionista que destruye la pieza que pertenece a otro para revalorizar la suya, que, de este modo, se convierte en única. Y Díaz Palos ve la imposibilidad de distinción en el hecho de que “no puede negarse que el dañador, destruyendo la cosa de su odiado enemigo, da satisfacción de su insano apetito, alcanza el placer de la venganza, y consigue, por tanto, aquel lucro desorbitado que precisamente combatimos”. La observación de esta deficiencia obliga, en el sentir de la doctrina española, a establecer dos precisiones en el concepto de lucro. En primer lugar, se dice, el lucro ha de ser directo en el sentido de que (dice Rodríguez Mourullo) “el lucro va conectado a la posesión de la cosa que es objeto material del delito”, mientras que “el lucro (que) no deriva del objeto material en sí sino del acrecimiento que supone para el patrimonio del agente la destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa”, no es el lucro a que se refiere la ley en los delitos de apoderamiento o defraudación. En segundo lugar, apunta Rodríguez Devesa la necesidad de que el lucro tenga un sentido económico. Y no ya solo por la imposibilidad de distinguir, en otro caso, el hurto de los daños, sino también porque en nuestro Código “se parte de que la cosa ha de tener un valor económico, o sea, no un valor de cualquier índole, sino precisamente objetivo”. El sentido económico del lucro en la estafa es evidente en cuanto se entiende que es la contrapartida del daño patrimonial. La doctrina se percata, sin embargo, que no basta con estas dos características (carácter económico y directo del lucro) para solucionar casos límites dudosos. Por ejemplo, cuando se toma la cosa para donarla a un tercero o cuando se cambia la cosa por otra de idéntico valor. La doctrina española no ha manifestado dudas sobre la idoneidad del castigo de estas conductas a título de hurto. Por ello cree Quintano que el concepto de lucro requiere una ulterior matización y habla entonces de lucro-altruista y lucro-satisfacción. Conforme al lucro-altruista, piensa Quintano, se desecha el sentido del lucro como mera codicia personal dando cabida a los provechos ajenos. Y refiriéndose al lucro-satisfacción se puede incluir el caso de sustitución de la cosa por otra de idéntico valor. La observación de Quintano, sin embargo, no puede satisfacer por la razón de que al utilizar tan vagas expresiones se corre el peligro de que, con el único fin de solucionar estos dos supuestos, nos veamos obligados a aceptar aquel amplio concepto de lucro que a todos insatisface. Es, por el contrario, mucho más convincente la observación de Rodríguez Devesa. Piensa este autor que en el caso de hurto para entregar la cosa a un tercero no hay duda de la tipicidad de la conducta porque para el hurto lo decisivo son “los móviles inmediatos que han decidido al agente tomar la cosa, y con independencia de los fines ulteriores que se proponga”. Y en el segundo caso también estamos en

3.1.2.- DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES

La Doctrina se encuentre dividida entre aquellos que exigen éste particular ánimo y los que no.

Dentro de los primeros, podemos, a su vez, agrupar a los distintos autores de dos formas diferentes: entre los que considera que el ánimo de lucro es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo (finalidad trascendente a la acción), y aquellos que sostienen que es parte integrante del dolo. En ambos casos sería necesaria su presencia para considerar típica la conducta a efectos del delito de ocupación pacífica.

No faltan autores que rechazan la necesidad de obtener un provecho económico con la conducta.

presencia de un hurto porque el provecho económico que integra el lucro ha de valorarse desde el punto de vista del autor. El que toma la cosa obra de tal modo porque sabe que el dueño de la cosa no la entregaría por ese precio o no la entregaría de ningún modo. El sujeto obra movido, por el inmediato propósito de conseguir una cosa para lograr la cual no hubiera bastado, en su opinión, pretendiendo adquirirla legalmente, la cantidad que él mismo ha fijado como indemnización e incluso hubiera, sido insuficiente cualquier cantidad para conseguir el asentimiento del propietario a la transferencia del dominio. Esta observación condiciona el concepto de lucro que maneja Rodríguez Devesa y del provecho económico que integra el lucro. Para este autor ánimo de lucro es "el propósito de obtener un provecho económico contemplado desde el punto de vista del agente", y provecho económico lo entiende como "la adquisición de una cosa, valuable en dinero, gratuitamente o por un precio inferior al que en el caso concreto debería haber satisfecho el agente para llegar a un acuerdo cerca del propietario sobre la transmisión". BAJO FERNÁNDEZ, M.: << Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 28, Fasc/Mes 3. Año, 1975. Págs., 359-361. "El ánimo de lucro es un momento psicológico referido al lucro, el cual gramaticalmente significa provecho. Más concretamente, puesto que no es suficiente cualquier provecho, puede definirse diciendo que es el propósito de obtener un provecho económico, contemplado desde el punto de vista del autor. Es irrelevante, en cambio, que el lucro que se pretende beneficie al propio autor... o a un tercero; lo que importa es que en el momento de realizar la acción esté poseído de la intención de adquirir antijurídica y gratuitamente la cosa, con independencia del destino ulterior (v. gr., un regalo) que le piense dar". RODRÍGUEZ DEVESEA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Dykinson, 18ª edición. Madrid, 1995. Págs., 419-420. "El ánimo de lucro puede, pues, definirse como el propósito de obtener un provecho económico y por tal ha de entenderse la adquisición de una cosa, valuable en dinero, gratuitamente o por un precio inferior al que en el caso concreto debería haber satisfecho el agente para llegar a un acuerdo cerca del propietario sobre la transmisión". SAINZ DE ROBLES, C.: << El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto >> en *Estudios de Derecho Penal y Criminología: En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa. Volumen II*. Ed. Uned. Madrid, 1989. Págs., 304-305.

A) *Ánimo de lucro como finalidad trascendente a la acción*

El ánimo de lucro se presentaría como un elemento subjetivo distinto al dolo constituido por una tendencia interna trascendente, esto es, por una finalidad o motivo que va más allá de la (trasciende a la) realización del hecho típico (ocupar o mantenerse)⁸³⁸.

⁸³⁸ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 287. “Se debe de exigir también el ánimo de lucro y el ánimo de procurarse una utilidad”. CALABUIG COSTA, M^a L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 811. “En la medida en que constituyen delitos contra el patrimonio, debe exigirse, en el autor de cada una de las conductas que las integran, el correspondiente ánimo de lucro... demostrativo, en todo caso de la trascendencia económica de la conducta y el perjuicio causado a la víctima”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... Op. cit., Pág., 346. “Es necesario que el sujeto proceda con ánimo de lucro, entendido como la obtención de una utilidad”. ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATALLÍN EVANGELIO, A., Y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial...* Op. cit., Pág., 163; ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*... Op. cit., Pág., 565. “En el Capítulo V del Título XIII se contemplan conductas distintas, en las que es elemento común el ánimo de lucro”. LUZÓN CUESTA, J.M^a: *Compendio de Derecho Penal. Parte especial (Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal)*. Ed. Dykinson, S.L., 18ª edición. Madrid 2011. Pág., 158. OLIVAS DÍAZ vincula el ánimo de lucro con la voluntad de actuar a título de dueño al decir: “Debe exigirse la presencia de ánimo de lucro, es decir, la persecución de una utilidad a la hora de ocupar el inmueble que puede traducirse en la voluntad de actuar en concepto de dueño, y, que en el caso de no presentarse dicha utilidad, conducirá a la imposibilidad de concurrencia del delito”. OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... Op. cit., Pág., 63. “Requiere que la acción de ocupar esté presidida por un ánimo de lucro en quien la ejecuta”. DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... Op. cit., Pág., 777. “En cuanto al beneficio que debe tener intención el sujeto activo de procurarse con su conducta y el perjuicio causado al dueño, tienen que ser evaluables económicamente. El delito del artículo 245.2 se encuentra comprendido en el Título XIII del Libro II del Código Penal de 1995, es decir, dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Estos delitos (hurto, robo, estafa, receptación, etc.) tienen como característica común que el autor busca un beneficio para sí, provocando un perjuicio no tolerable jurídicamente al sujeto o sujetos pasivos del delito. En el caso del presente delito, el beneficio económico que debe pretender el autor o autores del mismo debe ser la posesión o utilización del inmueble sin pagar cantidad alguna por ello, mientras que el perjuicio a la víctima debe ser la desposesión o privación del ejercicio de los derechos dominicales sobre el bien”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* Op. cit., Págs., 12-13. Este mismo autor en otro artículo se pronuncia sobre la no inclusión en el tipo penal del elemento volitivo del ánimo de lucro. *Vid.*, GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* Op. cit., Pág., 4. “Ya en relación al anterior Código Penal, la Jurisprudencia y la doctrina reconocieron el ánimo de lucro como elemento subjetivo del delito de usurpación violenta (art. 517 ACP). Este reconocimiento derivaba tanto de la concepción jurídico económica del patrimonio mantenida como de la alusión del tipo a que la pena “se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida”. Incluso se llegó a afirmar que para estimar consumado el delito no basta con que físicamente se haya ocupado el inmueble o usurpado el derecho real, sino que era preciso que concurriera un segundo resultado: conseguir una utilidad de índole económica. Por las mismas razones, debe alcanzarse esta conclusión respecto al vigente art. 245”. BAUCCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... Op. cit., Pág., 720. Continúa este autor afirmando: “A nuestro modo de ver es perfectamente posible exigir el ánimo de lucro y la utilidad como requisitos del artículo 245.2 del nuevo Código penal... El requisito de la utilidad es una consecuencia del propio bien jurídico protegido en este tipo penal... una concepción mixta o jurídico-

La Jurisprudencia *menor* alude al ánimo de lucro, en ocasiones, refiriéndose al mismo, como un “elemento específico del injusto”, como un “ánimo específico de carácter patrimonial o económico”, o como un “ánimo específico de aprovechamiento”⁸³⁹.

económica de patrimonio... Este ánimo de lucro se concreta en la necesidad de que la acción se desarrolle "en concepto de dueño". El bien jurídico protegido requiere que la perturbación no sea temporal sino con el ánimo de subrogarse en la situación del titular". BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 146-147.

⁸³⁹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 15-12-1999, nº 600/1999, rec. 20067/1999, Pte: Pereda Espinosa, Petra (EDJ 1999/55153): “El ánimo específico de aprovechamiento, que se identifica con el ánimo de lucro, entendido como cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio perseguido por el agente”. Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273): “La tesis anteriormente citada es totalmente asumida por esta Sala y aplicable al presente caso, constituyendo la conducta de las acusadas, ahora recurrentes en apelación, el ilícito penal de usurpación previsto en el artículo 245.2 del Código Penal al concurrir los requisitos exigidos en el mismo... la concurrencia de un *ánimo específico de aprovechamiento en las acusadas que se identifica con el ánimo de lucro* y que pone en peligro concreto el disfrute del derecho posesorio y aún el de propiedad del titular dominical del inmueble que no puede disponer de él, rehabilitarlo, repararlo, derribarlo o construir otro nuevo en su lugar por la mera ocupación de sus dependencias por parte de Montserrat y Aurora”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 28-6-2006, rec. 57/2006, Pte: Rovira del Canto, Enrique (EDJ 2006/376845): “Respecto a la pretendida ausencia de los elementos del tipo aludidos, yerra plenamente la recurrente al pretender la existencia de tales referidos elementos. La figura del artículo 245.2 del Código Penal no requiere en absoluto, como sí lo requiere la modalidad del apartado 1, la utilización de ningún tipo de violencia o intimidación en las personas “para conseguir la ocupación o usurpación del inmueble”; basta el ocuparlos o mantenerse en los mismos, submodalidad específica del apartado segundo que la Juez *a quo* aprecia, simplemente “contra la voluntad de su titular”; y tal requisito viene acreditado a tenor de la prueba practicada y cuya valoración se efectúa en la propia sentencia recurrida y acreditada a tenor de las manifestaciones de la citada testigo y la documental obrante en autos; tampoco la ajénidad es un elemento negativo, esto es caracterizado por la no pertenencia al sujeto activo, sino positivo, el que pertenece a un tercero; y si bien tal ausencia de conocimiento pudiera tener la ahora recurrente, aun admitiendo su versión de los hechos, lo cierto es que tras los requerimientos efectuados por la propiedad en absoluto puede alegar desconocimiento de que tal inmueble no era ajeno, es decir, pertenecía a un tercero que además se oponía a que se mantuvieran en el inmueble; por último *tampoco el ánimo de lucro, que no es un requisito del dolo, como confunde la recurrente, sino un elemento específico del injusto*, es requerido por la figura que se aprecia por la Juez *a quo*”. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 2ª, S 20-9-2010, nº 85/2010, rec. 199/2010, Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V. (EDJ 2010/270412): “Y se exige por consiguiente un *ánimo específico de carácter patrimonial o económico, de atentar contra la posesión y de las facultades que el derecho de propiedad conlleva, provocando un perjuicio concreto en ese derecho*. Sus requisitos son; a) ajénidad del inmueble, vivienda o edificio que no constituya morada; b) conciencia o conocimiento de la ajénidad de la cosa, c) *ánimo de lucro* y d) ocupación o mantenimiento contra la voluntad de su titular”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 6-11-2012, nº 452/2012, rec. 878/2012, Pte: Ruiz Romero, José Luis (EDJ 2012/277039): “En el presente caso, y con el más absoluto respeto de los hechos declarados probados, que no han sido impugnados, compartimos el criterio del Juez “a quo” para llegar a la absolución de los acusados. Se da por probado que los acusados se trasladaron a la vivienda, de titularidad pública, para su uso y que eran conocedores de la ajénidad del inmueble. Pues bien, a juicio de esta sala, ambas circunstancias, componen el *ánimo de lucro necesario para la consumación del delito de usurpación. En ese uso del bien ajeno, está implícito el elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro*. Los hechos declarados probados, y aceptados en esta instancia, indican claramente como los acusados se introdujeron en la vivienda para usarla y permanecieron en la misma, llegando, incluso a dar de alta el suministro eléctrico. Por otra parte, resulta irrelevante que no hubiera cerradura o no se causaran desperfectos para consumir el delito. Tal circunstancia, hubiera acarreado una reparación del daño, vía indemnización. El ánimo de lucro, se manifiesta, además, por el ahorro que supone el pago de un precio,

B) *Ánimo de lucro como parte integrante del dolo*

Otros autores como ROCA AGAPITO entienden que sí es necesario el ánimo de lucro, pero con la aclaración de que el ánimo de lucro no es una finalidad trascendente a

que en supuestos normales se tenía que haber abonado”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “Ocupación sin título, no violenta del inmueble (no morada), sin autorización del dueño; pero sí se discute el elemento subjetivo que analizamos a continuación: II Tipo subjetivo. Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización. Dada la existencia de un *ánimo de lucro*, cabe realizar el tipo, por vía comisiva u omisiva”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 22-4-2013, nº 179/2013, rec. 228/2013, Pte: González Cuartero, María Teresa (EDJ 2013/99421): “*El ánimo de lucro*, en este caso el perjuicio que se causa a la propiedad con la ocupación, se desprende del hecho de disfrutar la vivienda en precario, y era una vivienda que, aunque estaba vacía, podía perfectamente habitarse, como la propia acusada manifestó y fue corroborado por los Policías. Que declaran que la vivienda contaba con todos los suministros, y estaba en buenas condiciones”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 6-3-1998, nº 101/1998, rec. 98/1998, Pte: Mendoza Muñoz, Julio (EDJ 1998/6534): “Este delito de usurpación se caracteriza por la ocupación o mantenimiento de un inmueble, vivienda o edificio, la ajenidad del mismo; *conciencia o conocimiento de la ajenidad de la cosa y ánimo de lucro*”. Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael (EDJ 2000/65587): “Requiere ajenidad del inmueble, ocupación del mismo contra la voluntad de su titular y *ánimo de lucro* en el sujeto”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 25-1-2006, nº 55/2006, rec. 403/2004, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña (EDJ 2006/11252): “El delito previsto y sancionado en el artículo 245.2 CP exige, según reiterada jurisprudencia la presencia de los siguientes requisitos: (a) el mantenimiento por el agente en el uso u ocupación de un inmueble contra la voluntad de su titular; (b) *conocimiento y voluntad de la ajenidad del inmueble y ánimo de lucro*”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 14-4-2008, nº 314/2008, rec. 62/2008, Pte: Ingelmo Fernández, Ana (EDJ 2008/75148): “El delito imputado, al del art. 245-2º CP está integrado por los siguientes elementos, la ajenidad del inmueble, la falta de autorización para la ocupación, *el ánimo de lucro y la conciencia y conocimiento de la ajenidad del inmueble*”. Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 29-6-2006, nº 157/2006, rec. 200/2006, Pte: Moreno Gómez, Felipe Luis (EDJ 2006/388990): “Es cierto (sentencias de A.P. de Burgos de 17-5-04 y A.P. de Madrid de 12-12-03) que el delito de usurpación consistente en la ocupación de un inmueble de ajena pertenencia, amén del conocimiento de dicha ajenidad, *requiere que la acción de ocupar esté presidida por un ánimo de lucro en quien la ejecuta...* tampoco confundir el ánimo de lucro con una mero beneficio económico o de carácter patrimonial, pues pacífico es que dicho requisito se colma en cualquier ventaja, provecho o utilidad que se propusiera obtener el acusado con su antijurídica conducta, esto es con la satisfacción de un puntual interés, y no cabe duda de que, sea cual fuese, ese interés anidaba en el ánimo del sujeto cuando ejecutó los hechos que la sentencia considera probados merced a una adecuada valoración de la prueba practicada”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 24-4-2008, nº 369/2008, rec. 132/2008, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2008/79736): “El delito previsto y sancionado en el artículo 245.2 CP exige, según reiterada jurisprudencia la presencia de los siguientes requisitos: el mantenimiento por el agente en el uso u ocupación de un inmueble contra la voluntad de su titular; *conocimiento y voluntad de la ajenidad del inmueble y ánimo de lucro*”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-1-2009, nº 49/2009, rec. 13/2009, Pte: Tomás Benítez, Mariano (EDJ 2009/37461): “Inciendiando en las conductas enjuiciadas las exigencias de la ajenidad del inmueble, *la conciencia de la ajenidad de la cosa, el ánimo de lucro* y la acción de ocupación sin autorización del inmueble”. Audiencia Provincial de Almería, sec. 2ª, S 27-1-2012, nº 34/2012, rec. 136/2011, Pte: Ruiz-Rico y Ruiz-Morón, Juan (EDJ 2012/349888): “En definitiva, en el supuesto de autos parece no tratarse de una cuestión concerniente a la indebida ocupación de un inmueble de ajena pertenencia *con ánimo de lucro*, sino de una controversia que enfrenta a las partes respecto de la propiedad sobre la finca en cuestión”. Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 22-1-2013, nº 10/2012, rec. 283/2012, Pte: Ordóñez Delgado, María del Carmen (EDJ 2013/9259): “Porque el art. 245.2 no exige tal condición... sino que sus notas definidoras son la ajenidad del inmueble, la conciencia o conocimiento de dicha ajenidad y *el ánimo de lucro por parte del ocupante*, requisitos que concurren en el presente supuesto”.

la acción, como pueda ser en el hurto o en la estafa, sino que es inherente a la misma. Al ocupar ya se estaría lucrando. En la misma línea se muestra MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA al afirmar que la ausencia de intención de apropiación definitiva “no implica que no exista un ánimo de lucro, que justifica la inclusión de la figura entre los atentados patrimoniales, toda vez que el uso y disfrute son en definitiva utilidades patrimoniales derivadas de derechos de tal naturaleza como son la propiedad y la posesión; ánimo que en todo caso, no sería elemento subjetivo del tipo sino que aparece integrado en el dolo de la figura”⁸⁴⁰.

Así también, en ocasiones, la Jurisprudencia *menor* incluye en el dolo la voluntad de realizar la usurpación y procurarse una utilidad o provecho económico⁸⁴¹.

C) No necesidad de ánimo de lucro

En contra del criterio anterior se muestran VÁZQUEZ GONZÁLEZ, QUINTERO OLIVARES, GARCÍA PÉREZ, RUIZ BLAY, CALDERÓN CEREZO, CHOCLÁN MONTALVO, SUÁREZ GONZÁLEZ, al afirmar todos ellos que “no es preciso que el autor alcance con su acto un provecho económico determinable” (ánimo de lucro, especifica el primero). En la misma línea, y de forma tajante y expresa, SERRANO PIEDECASAS Y MANZANARES

⁸⁴⁰ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 210. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679. “El legislador omite en ellos (por razones más estilísticas que técnicas) la referencia expresa al ánimo de lucro”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 86. “El legislador no ha incluido el ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo, lo cual no impide presumirlo dado que el apoderamiento de cosas de ajena pertenencia se debe, salvo prueba en contrario, a la existencia de un ánimo de lucro”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317.

⁸⁴¹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 5-3-2014, nº 118/2014, rec. 405/2013, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2014/36029): “Y, por otra parte, en cuanto al requisito del dolo, el autor debe conocer la ajenidad del bien o derecho real objeto de la usurpación y actuar con ánimo de lucro”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-4-2006, nº 249/2006, rec. 143/2006, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2006/86614); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 20-4-2006, nº 22/2006, rec. 11/2006, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la (EDJ 2006/74951); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 14-6-2007, nº 40/2007, rec. 16/2007, Pte: Carrión Matamoros, Alfonso (EDJ 2007/157221): “Así pues como elemento subjetivo se exige la presencia de dolo; esto es, voluntad de realizar la usurpación y procurarse una utilidad o provecho económico”.

SAMANIEGO, aluden, respectivamente a la inexistencia de ánimo de lucro, y a que dicho ánimo no forma parte del tipo⁸⁴².

Al igual que se halla dividida la Doctrina, la Jurisprudencia *menor* se muestra vacilante en cuanto a la necesidad del ánimo de lucro. No faltan resoluciones judiciales que excluyen el ánimo de lucro como elemento típico del injusto⁸⁴³.

⁸⁴² VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.... *Op. cit.*, Pág., 266; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7º)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 74; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 660; GARCÍA PÉREZ, J.J.: << Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal >> en *Revista Sepin...* *Op. cit.*, Pág., 3; RUIZ BLAY, G.: << La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado >>... *Op. cit.*, Pág., 8; CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado...* *Op. cit.*, Pág., 542. “No es necesario obtener un provecho económico determinable”. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo V.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 705. “No se precisa que el sujeto activo obtenga con su acción un provecho económico determinable”. DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepinNET revista. Práctica penal...* *Op. cit.*, Pág., 28. “El ánimo de lucro no forma parte del tipo... procede insistir en la no exigencia de un resultado de utilidad o daño. Lo decisivo para la consumación es la ocupación misma o la paralela permanencia contra la voluntad de quien puede oponerse a ella”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223. NÚÑEZ CASTAÑO, por contraposición a las restantes modalidades usurpatorias, no parece exigir este elemento del tipo subjetivo en la ocupación pacífica al decir únicamente que “en relación al tipo subjetivo es preciso que concorra dolo”; cuando en el análisis de los elementos del tipo subjetivo de los demás delitos del Capítulo V del Título XIII, exige el ánimo de lucro. Cfr., NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, Mª.C. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 379-382. “No se incluye en el tipo penal el elemento volitivo del ánimo de lucro, tan común dentro de los delitos del Título XIII relativos al patrimonio y al orden socioeconómico”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* *Op. cit.*, Pág., 4. “Dada la inexistencia de un ánimo de lucro cabe realizar el tipo, por vía comisiva u omisiva, con dolo directo o eventual”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 420.

⁸⁴³ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 27-9-2000, nº 332/2000, rec. 31/2000, Pte: Fresneda García, Mª del Carmen (EDJ 2000/41022): “Para que tenga lugar el art. 245.2 del Código Penal son necesarios los siguientes requisitos... Que *no es preciso que el autor alcance con su acto un provecho económico determinable*”. Audiencia Provincial de Álava, sec. 2ª, S 14-2-2012, nº 52/2012, rec. 9/2012, Pte: Poncela García, Jesús Alfonso (EDJ 2012/98553): “*No cabe de ningún modo estimar como homogéneos los delitos de robo con fuerza y usurpación*, puesto que distintos son los objetos sobre los que se cometen (muebles en un caso, inmuebles en el otro), *diferente el dolo requerido (uno exige ánimo de lucro, el otro no)* y diversa la mecánica comisiva (con fuerza, violencia o intimidación en un caso, sin necesidad de todo ello en el otro), aparte del verbo nuclear, la acción delictiva (apoderarse y ocupar). La homogeneidad es lo único que permitiría al juzgador condenar por un delito distinto del que eran acusados y aquí no existe. Nadie acusó a los recurrentes de usurpación, de modo que se defendieron de la imputación de un robo, no de otra cosa. Y como nadie les acusó de usurpación, resulta clara la infracción

D) Toma de postura

El hecho de que en la redacción del tipo penal no se aluda como acontece en la usurpación propia, a *la utilidad obtenida y al daño causado*, evidencia que el dolo del autor no ha de incorporar obligatoriamente su búsqueda, pues no es un elemento subjetivo del tipo; y ello, sin perjuicio de que la actuación ilícita pueda reportar a su autor alguna utilidad, ya sea de contenido económico o de otra clase⁸⁴⁴.

del principio acusatorio". Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 25-6-2013, nº 190/2013, rec. 14/2013, Pte: Cameselle Montis, Ana María (EDJ 2013/136954): "Así, se recoge que tras el auto de adjudicación de la vivienda y habiendo sido los acusados identificados como ocupantes del inmueble en mayo de 2.010, hasta junio de 2.011 siguieron ocupando la casa, cambiando la cerradura, de modo que no se pudo acceder a ella, por lo que la Sala, al igual que la Juzgadora, estima que concurrió prueba de cargo apta para destruir la presunción de inocencia que interinamente amparaba al acusado. Y, en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, que la defensa estima que son atípicos por faltar *el requisito del ánimo de lucro*, igual suerte debe correr pues *no sólo no estamos ante un elemento típico del injusto*, en el modo en que se pretende por el apelante, sino que, aunque así fuese, el propio hecho de ocupar un inmueble ajeno sin pagar renta o merced y sin estar autorizado, conlleva un acto en sí mismo de enriquecimiento, en su vertiente de dejar de satisfacer cantidad alguna por un tal concepto. En definitiva, concurren en el presente caso todos los requisitos que integran el delito de usurpación previsto en el artículo 245.2 CP, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida". Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 30-10-2013, nº 550/2013, rec. 143/2012, Pte: Flores Domínguez, Jesús (EDJ 2013/298747): "Un delito de usurpación previsto y penado en el artículo 245.2 del CP. Suponemos que la invocación hecha al número 1 del artículo 245 por la acusación particular se basa en la opinión de algunos sectores doctrinales que estiman que en el 245.1 debe incluirse también la violencia o intimidación llevada a cabo para seguir actuando como dueño titular, es decir, para mantenerse en el inmueble que se ocupó. Sin embargo esa opinión se enmarca en el estudio exclusivo del artículo 245.1. La ocupación pacífica tipificada en el artículo 245.2 del C.P. no constituye un tipo privilegiado respecto a la figura básica tradicional contemplada en el número 1, sino una figura "sui generis", como lo demuestra el que *la conducta descrita en el artículo 245.1 se castiga teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado y la descrita en el artículo 245.2 no atiende a esos parámetros, lo que ha llevado a afirmar a ciertos sectores doctrinales que en el primer caso es necesaria la concurrencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto en tanto que no es preciso en el segundo*. Lo cierto es que en el supuesto enjuiciado el delito de usurpación ya se había consumado cuando se produjo la agresión de Martín a Micaela y a Baltasar; por ello y, al margen de que se castiguen las lesiones sufridas, esa agresión no transmuta el delito del artículo 245.2 en un delito del 245.1".

⁸⁴⁴ Cfr., MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1962. "Nada se dice sobre la consideración de la utilidad obtenida o del daño causado, pues ambos pueden faltar en la usurpación pacífica". MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 915. "Los delitos de usurpación no dejan de ser delitos contra el patrimonio... Ciertamente es que los tipos legales de usurpación no mencionan el elemento subjetivo de ánimo de lucro, pero el carácter de agresión patrimonial se desprende fácilmente de la mención a la utilidad económica obtenida, que a su vez se indica como provecho conseguido por el autor (lucro en sentido estricto) al tiempo que daño soportado por el propietario. A diferencia de otros delitos patrimoniales, en éstos no se contempla que el autor incremente su propio patrimonio, por lo que se habla solamente de "utilidad obtenida", utilidad que en algún caso es difícil de evaluar (en la ocupación de un inmueble contra la voluntad de su dueño), lo que no significa que no exista, sino tan sólo que no es significativa su precisa medición, sino que lo relevante es la condición de ataque al patrimonio inmobiliario de otro, sin necesidad de que concurra menoscabo patrimonial". QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 74; QUINTERO

Frente a la postura de MUÑOZ CONDE que se opone a las ocupaciones meramente simbólicas, compartimos la idea de MANZANARES SAMANIEGO según la cual como consecuencia de no incluir en este tipo penal la necesidad de obtención de provecho material alguno (es decir, como consecuencia de no exigir ánimo de lucro), es posible la ocupación puramente simbólica, al aire libre y poniendo una bandera o un cartel con las reivindicaciones de los ocupantes; faltando entonces, o pudiendo faltar, tanto la utilidad crematística (estimable o no) como el daño⁸⁴⁵.

Asimismo, hacemos nuestras las palabras de HERRERO HERRERO que consideramos plenamente acertadas al decir: “la ocupación o mantenimiento en un inmueble, objeto del presente delito, reportará de ordinario, por la misma naturaleza de las cosas, alguna ventaja o lucro. Pero el legislador no exige la presencia del mismo y, menos aún, del mismo como elemento subjetivo del injusto. En ninguna de las dos modalidades de esta figura delictiva existe exigencia de esta clase de elementos”⁸⁴⁶.

OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 656. Aunque con carácter general QUINTERO OLIVARES dice ésto de todos los delitos de usurpación entendemos que no es aplicable a la usurpación pacífica del art. 245.2 del CP tanto por afirmar posteriormente que “no es preciso que el autor alcance con su acto un provecho económico determinable” como porque en el tipo penal no se exige ni se fija como criterio de determinación de la pena la utilidad obtenida, reportada o pretendida, a diferencia de lo que sucede en las restantes modalidades usurpatorias (art. 245.1, 246 y 247 CP). Lo mismo puede predicarse de GONZÁLEZ CERRÓN que aunque refiriéndose a los aspectos comunes a las diferentes figuras de delito, dice: “debe concurrir en todo caso un ánimo de lucro a modo del elemento subjetivo del injusto, que sería exigible a todos los delitos relativos a la usurpación, aunque no se formule expresamente”. En realidad parece descartar tal elemento subjetivo de la usurpación pacífica al continuar diciendo: “exigencia de ánimo de lucro que también se deduce de la noción de utilidad obtenida, reportada o pretendida, que los artículos 245.1, 246 y 247 maneja, según cada tipo, como criterio determinante para la imposición de la pena, si bien el lucro no precisa ser necesariamente personal, cabiendo que sea el beneficio para otro (persona física o jurídica)”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*... *Op. cit.*, Págs., 380-381. Obsérvese que la utilidad obtenida, reportada o pretendida no se recoge en el tipo penal de usurpación impropia. “La multa proporcional de la figura tradicional, recogida en el número 1 de este art. 245 [sustituida por prisión desde la LO 5/2010, de 22 de junio], se fija atendiendo [aunque se mantienen tales criterios pese a ser la pena de prisión] no sólo atendiendo a la utilidad obtenida, sino también al daño causado (apuntándose así a un doble resultado conjunto o alternativo), ninguna referencia a uno u otro contiene el número 2, castigado con multa no proporcional”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913.

⁸⁴⁵ Cfr., MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 397; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913.

⁸⁴⁶ HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales*... *Op. cit.*, Pág., 165.

3.2.- Otros ánimos específicos

3.2.1.- PARTICULARIDAD DE MAGRO SERVET

MAGRO SERVET exige un “ánimo específico de carácter patrimonial o económico, de atentar contra la posesión y las facultades que el derecho de propiedad conlleva, provocando un perjuicio concreto en ese derecho”⁸⁴⁷.

Consideramos que no es preciso ese especial elemento subjetivo del tipo, que no aparece reconocido como tal en el artículo 245.2 del Código Penal; sin que ello obste a la determinación de la responsabilidad civil derivada de la comisión del ilícito penal por los perjuicios provocados al titular del inmueble y/o titular del derecho que faculta la legítima posesión del mismo.

3.2.2.- VOLUNTAD DE PERMANENCIA

En cierta medida (aunque de forma errónea) parece equipararse el hecho de que la situación de antijuridicidad se prolongue en el tiempo (verdadero significado de delito permanente) con el hecho de que el sujeto tenga una intención o vocación de permanencia.

⁸⁴⁷ MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario... Op. cit.*, Pág., 90. alguna resolución judicial ha exigido también un particular ánimo específico, como el de convertir el inmueble en morada habitual. *Vid.*, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 9-9-2005, nº 64/2005, rec. 41/2005, Pte: Cabrera Garate, Rubén (EDJ 2005/196011); Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, S 27-7-2009, nº 116/2009, rec. 9/2009, Pte: García Castillo, José Tomás (EDJ 2009/172851); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 17-3-2015, nº 50/2015, rec. 161/2014, Pte: Orea Albares, María Victoria (EDJ 2015/45566): “Tal elemento subjetivo del injusto, requiere, por tanto que el titular de la finca sea desposeído del uso habitual del bien”. Otras resoluciones judiciales, por el contrario, no exigen una intención deliberadamente encaminada a desposeer a su propietario del goce de la cosa. *Vid.*, Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia Provincial de A Coruña, sec. 2ª, S 12-1-2009, nº 10/2009, rec. 376/2008, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen (EDJ 2009/45656); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 29-6-2009, nº 524/2009, rec. 8/2009, Pte: Gimeno Jubero, Miguel Ángel (EDJ 2009/218649); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 3ª, S 8-1-2010, nº 14/2010, rec. 262/2009, Pte: Prieto Macías, Carlos (EDJ 2010/216613); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2012/86783); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-9-2012, nº 673/2012, rec. 316/2012, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen (EDJ 2012/275047): “En cuanto a su elemento subjetivo no exige una intención deliberadamente encaminada a desposeer a su propietario del goce de la cosa, sino que basta el conocimiento de lo ajeno al inmueble, y la voluntad de disfrutar de su tenencia con cierta permanencia”.

Si bien, sobre la necesidad, o no, de exigir en el autor que realiza la ocupación, la intención de hacerlo de modo permanente aunque luego dure sólo por un tiempo; y sobre la posibilidad de admitir o no una ocupación temporal (en la que faltaría la voluntad de permanencia) nos remitimos a lo ya manifestado anteriormente (si es un delito permanente, necesariamente permanente, un delito que exige voluntad de permanencia, si son viables las ocupaciones temporales transitorias u ocasionales...) donde se concluyó que no era necesario tal elemento subjetivo siendo suficiente con la entrada. Entrada que implique un ataque contra la tenencia legítima de un bien inmueble por parte de su propietario, de su poseedor o de un simple tenedor de hecho, y que suponga una perturbación al legítimo ocupante en el pacífico disfrute del inmueble⁸⁴⁸.

3.2.3.- VOLUNTAD DE MORAR EN EL INMUEBLE

Un sector de la Doctrina y Jurisprudencia exige en este delito, como elemento subjetivo, “el de mantenerse en la casa con ánimo de morar en ella”⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ Sin perjuicio de la posición mantenida, adviértase que algunas resoluciones judiciales consideran la voluntad de permanencia como un dolo específico. *Vid.*, Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324): “No cabe inferir la intención de permanencia estable en el inmueble que es el dolo específico o elemento subjetivo del injusto característico del examinado tipo penal”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 6-7-2012, nº 473/2012, rec. 100/2012, Pte: Barrientos Pachó, Jesús María (EDJ 2012/181831): “También deberá mantenerse ahora el juicio valorativo desde el que la Sra. Juez Penal termina por asignar a ambos acusados el *dolo típico y requerido por el delito* por el que dispuso condena, de usurpación de inmueble ajeno, pues *éste se satisface con el conocimiento de la ajenidad del inmueble al que se acceder y la voluntad decidida de permanecer en el mismo en contra de la voluntad de su titular*, extremos todos que se infieren desde la constatación del empleo de la fuerza para acceder a su interior y de las propias de las circunstancias en las que ambos fueron sorprendidos en su interior”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 5-9-2012, nº 285/2012, rec. 686/2012, Pte: Trebolle Fernández, Feliciano (EDJ 2012/204740): “Hacemos nuestra la motivación de la sentencia de instancia, somera pero suficiente, que acredita la concurrencia en María Ángeles, del *elemento subjetivo, dolo, elemento intencional de ocupar el piso y permanecer en él en contra de la voluntad de su propietario*”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 18-12-2012, nº 316/2012, rec. 477/2012, Pte: Larrosa Amante, Miguel Ángel (EDJ 2012/317432): “La voluntad de permanencia, que viene a constituir el dolo específico de este tipo de delitos”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324): “No cabe inferir la intención de permanencia estable en el inmueble que es el dolo específico o elemento subjetivo del injusto característico del examinado tipo penal”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 7-4-2006, nº 197/2006, rec. 2351/2006, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis (EDJ 2006/296168); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 24-4-2008, nº 369/2008, rec. 132/2008, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2008/79736); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 28-9-2010, nº 1045/2010, rec. 217/2010, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2010/282140); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 31-5-2012, nº 428/2012, rec. 9/2012, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2012/142089): “El elemento subjetivo viene determinado por la intención o voluntad de permanencia”.

⁸⁴⁹ Cfr., “Necesario es que la ocupación... suponga que la persona que la lleva a cabo toma posesión, se instala en el inmueble de que se trate, sea cual sea el destino a que lo aplique (vivienda, estudio, taller,

Consideramos que es absolutamente indiferente el uso que se dé al inmueble ocupado, no siendo necesario, por tanto, la voluntad de destinar el mismo a vivienda (morada del ocupante). Esta última exigencia supondría la despenalización *de facto* de numerosas okupaciones como las de inmuebles que se utilizan para la creación de CENTROS SOCIALES OKUPADOS Y AUTOGESTIONADOS, los cuales son ejemplo emblemático de la okupación y en los que no existe, como intención principal, la voluntad de ser destinados a morada de los okupas.

4.- Error

En el Derecho moderno ha adquirido firmeza el principio de que la ley, una vez entrada en vigor, es obligatoria, aun para aquellos que, de hecho, ignoren sus disposiciones. No otra cosa significan los adagios *nemo ius ignorare censetur*, e *ignorancia iuris non excusat*.

etc.)". ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*... *Op. cit.*, Pág., 565. En contra de este parecer, GÓMEZ IBARGUREN afirma que "debe entenderse éste [(el concepto de edificio)] como aquellas construcciones que, aunque no sean viviendas, son susceptibles de ocupación por parte de una persona, que puede utilizarlas como tales (por ejemplo, fábricas, almacenes...)", en *El tratamiento del fenómeno "okupa" en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 8. Discrepamos de este autor en la medida en que vincula la ocupación de edificios con la utilización del mismo por parte del sujeto activo como vivienda; pues, si bien ello es lo habitual, es posible la ocupación con fines distintos (v. gr., CSOA, plazas de aparcamiento...). La misma idea de GÓMEZ IBARGUREN parece sostener también MUÑOZ CONDE Y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, al afirmar el primero que "la ocupación de una finca de manera puramente simbólica, al aire libre y poniendo una bandera o un cartel con las reivindicaciones de los ocupantes no debería considerarse incluida en este apartado". MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Págs., 397. Por su parte MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA afirma en relación al destino del objeto material, que "se tratará... de viviendas o locales abandonados o simplemente desocupados, que el o los ocupantes se proponen utilizar como residencia". << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1679. *Vid.*, Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José (EDJ 2000/43324); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2001/58114); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquivia Bartolomé, María Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 9-3-2012, nº 134/2012, rec. 39/2012, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2012/49618); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 7-1-2014, nº 15/2014, rec. 386/2013, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen (EDJ 2014/26856); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 20-6-2014, nº 189/2014, rec. 408/2013, Pte: Molina Romero, Lourdes (EDJ 2014/196266): "Contando con un elemento subjetivo en este sentido: el de mantenerse en la casa con ánimo de morar en ella". Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 11-6-2014, nº 355/2014, rec. 6903/2013, Pte: Echavarrri García, María Auxiliadora (EDJ 2014/137318): "El dolo alcanza sin duda a esa ocupación que deviene típica por su carácter de indefinida en el tiempo y por pretender convertir en morada habitual el inmueble".

Pese a ello, no obsta para que puedan existir circunstancias o situaciones en orden a las personas que influyan más o menos sobre la eficacia de la norma jurídica. Es preciso, pues, determinar si pueden alterar la fuerza obligatoria de la ley *la ignorancia o el error en cuanto a ella*⁸⁵⁰.

⁸⁵⁰ Las normas de Derecho manifiestan su eficacia dando valor jurídico y conformando, según él, a la realidad social. Las formas típicas en que se manifiestan sus efectos han servido para caracterizar las normas. La eficacia de la ley se ha centrado, así, en el preceptuar y el prohibir, en la creación de la obligación jurídica y en producir la reacción coactiva en caso de inobediencia. La mayor visibilidad de estas manifestaciones no debe relegar a la sombra la eficacia constructiva del Derecho, su finalidad organizadora en la comunidad nacional. Para que las normas jurídicas cumplan su finalidad suprema de asegurar el orden social y la justicia, es necesario que sean debidamente observadas y respetadas. Son varios los efectos que en relación con esta idea se atribuye a la norma jurídica: 1º.- El deber jurídico de obediencia. 2º.- La sanción o reacción jurídica en caso de incumplimiento de la norma. 3º.- La eficacia constitutiva, que crea situaciones y puestos en la sociedad, de privilegio, sumisión y protección (relaciones jurídicas, derechos subjetivos). El fundamento de todos ellos es el deber de cumplir y respetar el mandato concreto contenido en la norma. En el respecto personal, ese deber de cumplir y respetar la norma en que se traduce la eficacia de la misma se caracteriza por su generalidad. La norma no impone solo un deber de cumplimiento a aquél a quien directa y concretamente se dirige, sino que impone a todos un deber general de respeto y colaboración. En primer lugar al Jefe del Estado; después a los funcionarios, y por último a todos los miembros de la comunidad nacional. Los servidores del Estado están sujetos en su actuación a la observancia del principio de legalidad (arts. 9, 103 y 106 CE), acomodando su conducta decisoria a la ley: es consecuencia necesaria e inmediata del Estado de Derecho. El deber general de cumplimiento por parte de todos los ciudadanos está implícito en el artículo 6.1 del Código civil, cuando preceptúa que *la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*. Deber de cumplimiento que deriva inmediatamente de la obligatoriedad de la norma, y en último término, se fundamenta en la seguridad jurídica: Lo contrario sería dejar al arbitrio de los obligados el cumplimiento de la ley, con lo cual más que obligados (a cumplir), estarían facultados (para no hacerlo). En el Derecho moderno ha adquirido firmeza el principio de que la ley, una vez entrada en vigor, es obligatoria, aun para aquellos que, de hecho, ignoren sus disposiciones. No otra cosa significan los adagios *nemo ius ignorare censetur*, e *ignorancia iuris non excusat*. La Novísima Recopilación derogó las excepciones que en favor de los militares, de los menores, de las mujeres y de los labradores existían al principio de que la ignorancia de las leyes no excusa. Principio que las Leyes de Partida, inspirándose en el Digesto, preceptuaban al decir “Como son todos tenudos de guardar las leyes” (epígrafe de la Ley XVI, Título I, Partida 1ª). Pese a ello, no obsta para que puedan existir circunstancias o situaciones en orden a las personas que influyan más o menos sobre la eficacia de la norma jurídica. Es preciso, pues, determinar si pueden alterar la fuerza obligatoria de la ley *la ignorancia o el error en cuanto a ella*. Cfr., CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo primero: Introducción y Parte General. Volumen primero: Ideas generales. Teoría de la norma jurídica...* Op. cit., Págs., 603-607; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Ed. Civitas. (Reedición en un solo volumen de los dos publicados por el Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952, reproducidos facsimilarmente a fin de salvaguardar la completa fidelidad a los textos impresos en vida del autor y por él revisados). Madrid, 1991. Págs., 521-525; GARCÍA AMIGO, M.: *Derecho Civil de España. I.-Parte General...* Op. cit., Págs., 143-146. Dispone la Constitución Española en sus artículos 9, 103 y 106: Artículo 9.- “1.- Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2.- Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3.- La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Artículo 103.- “1.- La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Artículo 106.- “1.- Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a

4.1.- Ignorancia vs., error

Una cosa es el error y otra la ignorancia. No son enteramente identificables. La ignorancia es ausencia de conocimiento, mientras que el error es conocimiento equivocado y, por tanto, falso (equivocación en la elaboración de datos conocidos). La ignorancia, así expresada, tiene tan solo un carácter negativo, en tanto que el error encierra algo positivo, desde el momento en que implica un cierto, aunque equivocado, conocimiento.

El error no es un desconocimiento de las cosas o de las leyes, lo cual constituye el eje central de la ignorancia. El error supone un conocimiento, pero un conocimiento equivocado de los hechos o del Derecho. Se ha distinguido una ignorancia pura, consistente en la simple y absoluta ausencia de conocimiento, de una ignorancia-error, en la que el desconocimiento provoca una falsa representación de la realidad. A efectos penales la ignorancia pura es irrelevante. La ignorancia que interesa al Derecho penal es solamente aquella que determina un error, de modo que, en el seno de nuestra disciplina, ambos términos son tenidos como equivalentes.

Además, y en cierto modo, todo error contiene un ingrediente de ignorancia, de no saber. Y toda ignorancia participa de la naturaleza del error, porque el no saber conduce necesariamente a la formación de conceptos equivocados o juicios falsos sobre aquello que se ignora. De ahí que la ignorancia y el error reciban el mismo tratamiento jurídico penal y que cuanto se diga sobre el error sea predicable de la ignorancia.

Conceptualmente, el error consiste pues, en la inadecuación entre lo que uno se representa y cree conocer y lo que, realmente, es desde el punto de vista de la realidad objetiva del mundo exterior. Es decir, la discrepancia entre la conciencia y su objeto. Dicha discordancia, desde luego, comporta o implica una equivocación respecto de

los fines que la justifican”. Y el artículo 6 del Código Civil: “1.- La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen”.

determinados extremos o incluso de la totalidad del objeto de conocimiento. Es decir, el error es un conocimiento equivocado de las cosas⁸⁵¹.

El error, desde el punto de vista empírico, es en palabras de ANTOLISEI “un estado de la inteligencia por el que un objeto del mundo exterior no se conoce como realmente es, sino de manera inexacta o falsa”⁸⁵².

MUÑOZ CONDE define el error como “la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia”. Continúa el referido autor afirmando que “la teoría del error en Derecho penal se ocupa del error cuando éste se refiere o recae sobre algún elemento configurador de la definición legal del comportamiento delictivo o sobre la prohibición jurídico penal misma”⁸⁵³.

4.2.- Los objetos del error

Tradicionalmente, en Derecho penal como en otras ramas del Derecho, el error ha versado sobre dos objetos: los hechos y el Derecho. El primero sería el *error facti*, o *error sobre los hechos*. El segundo el *error iuris* o *error sobre el Derecho*. En ambos supuestos no se exige un desconocimiento total como el referido a la ignorancia, sino un conocimiento equivocado. En este sentido error y equivocación son coincidentes.

Debido a la influencia de la dogmática alemana, se va a abandonar esas nociones básicas por el llamado error sobre la prohibición (*Verbotirrtum*) y error sobre el tipo

⁸⁵¹ COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 659-660; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Págs., 161-163; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 623. “En su sentido más general, el error consiste en el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o de ese hecho, o de la regla jurídica que lo disciplina. La distinción que algunos hacen entre la ignorancia (falta de conocimiento) y el error (conocimiento equivocado), no tiene interés, pues ambas especies están equiparadas en sus efectos”. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo primero: Introducción y Parte General. Volumen segundo: Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídico...* Op. cit., Pág., 746. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen)... Op. cit., Págs., 131 y ss.

⁸⁵² ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*. DEL ROSAL, J., Y TORIO, A. (TRADUCTORES)... Op. cit., Pág., 297.

⁸⁵³ MUÑOZ CONDE, F.: *El error en Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989. Pág., 15.

(*Tatbetstandyrrium*) y, si bien en líneas generales pueden coincidir no son básicamente los mismos.

La razón del desplazamiento de la terminología error de hecho y error de Derecho por error de tipo y error de prohibición obedece a que el tipo puede contener tanto elementos de hecho como de Derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento con independencia de si son de hecho o de Derecho⁸⁵⁴.

⁸⁵⁴ “Causalistas y finalistas llegan a resultados diversos en la Teoría del *error*: para la doctrina tradicional el error es la *faz negativa del dolo* por exclusión de su elemento intelectual, esto es, del conocimiento. Si el dolo se traduce en dos verbos activos, *saber* y *querer*, que vienen a actualizar la inteligencia y la voluntad estáticas integrantes de la imputabilidad del sujeto, cuando el agente *no sepa*, del mismo modo que cuando *no quiera*, faltará el dolo. Este tratamiento sistemático del error presupone: 1) Que el dolo es una de las dos formas de culpabilidad (dolo y culpa). 2) Que la conciencia de la antijuridicidad del hecho forma parte del elemento intelectual del dolo (Teoría del dolo), de forma que éste es *dolus malus* (equivalente a malicia), esto es, comprensivo tanto del conocimiento del hecho como de la significación antijurídica del mismo. La doctrina finalista altera profundamente el tratamiento sistemático del error. Para el finalismo el dolo (*dolus naturalis* o *dolo de hecho*) es el fin o tendencia de la acción típica. El dolo se convierte así en elemento subjetivo de la acción. De esta tesis se derivan las siguientes consecuencias: 1) Que el dolo no pertenece a la culpabilidad, sino al tipo, de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto, pues la misión del tipo es la caracterización de la acción con todos sus elementos de injusto esenciales para la punibilidad. 2) *Que la conciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo, sino a la culpabilidad* (Teoría de la culpabilidad). Entendido el dolo como *dolus naturalis* o dolo de hecho, esto es, como simple realización de la voluntad (voluntad del resultado) y no como *dolus malus* (malicia), la conciencia de la antijuridicidad tiene que separarse del dolo y convertirse en elemento autónomo y central de la culpabilidad, ya que el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad alcanza al autor por haberse decidido a realizar el hecho con conocimiento de su antijuridicidad. 3) Que al separarse del dolo la conciencia de la antijuridicidad, hay que distinguir los supuestos de error de forma distinta a como lo hace la doctrina tradicional (*error facti* y *error iuris*). Así, el finalismo distingue de un lado el error de tipo, que excluye el dolo y con él la tipicidad, porque al ser el dolo un elemento del tipo, sin dolo no se realiza el tipo, y, de otro, el error de prohibición, que elimina la conciencia de la antijuridicidad y, con ella, el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. Consecuentemente para los causalistas el error esencial excluye el dolo y la culpa si es invencible, pero si es vencible se excluye el dolo dejando subsistente la culpa. Lo mismo sucede si se trata del error de prohibición, para los causalistas se excluye el dolo y la culpa, si es invencible, de modo que tal conducta sería impune por ausencia de culpabilidad. Los finalistas, sin embargo, admiten, en este caso, la realización del tipo doloso, ya que la conciencia de antijuridicidad no pertenece al dolo, si bien niega la reprochabilidad del autor. Si este error fuere vencible, según los causalistas, la responsabilidad es culposa; según los finalistas, el tipo doloso se ha realizado, pero debe atenuarse la responsabilidad penal por menor reprochabilidad del autor. Para el finalismo solo el error de prohibición es causa de inculpabilidad”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Pág., 349. Sobre la materia, Vid., FERRER SAMA, A.: *El error en Derecho Penal*. Ed. Universidad de Murcia. Murcia, 1941; FLÁVIO GOMES, L.: *Erro de tipo, erro de proibição e discriminantes putativas*. Ed. JusPodium, 6ª edición. Pituba-Salvador, Brasil, 2015; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*... *Op. cit.*, Págs., 622-636; GIMBERNAT ORDEIG, E.: << El sistema del Derecho Penal en la actualidad >> en *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Tecnos, 3ª edición (en esta editorial). Madrid, 1990. Págs., 175 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Págs., 659-684; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen)... *Op. cit.*, Págs., 131 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *El error en Derecho Penal*... *Op. cit.*, Págs., 19 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Tipo y error*. Ed. Hammurabi, 2ª edición. Buenos Aires, 1988. Pág., 163.

Con una traducción excesivamente literal en la doctrina penal española, se habla de error de tipo y error de prohibición; si bien, ni el tipo ni la prohibición son los que se equivocan. El tipo y la prohibición son los objetos sobre los que recae el error, de ahí que más correcto es hablar de *error sobre el tipo*, y *error sobre la prohibición*⁸⁵⁵.

4.3.- El error sobre el tipo

Si el dolo es conocimiento y voluntad de realizar el tipo (de injusto), concretamente su parte objetiva, aparte de la ausencia de la voluntad, la otra forma de

⁸⁵⁵ SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 162; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Págs., 278-279. “La división tradicional del error propio atiende plenamente a la fuente u origen del error. Si el error tiene un origen fáctico se habla de error de hecho, y si tiene su origen normativo, de error de derecho. La clasificación prescinde del objeto sobre el que el error, en última instancia recaiga. Desde el punto de vista del objeto del error, la división entre *error facti* y *error iuris* es insostenible, pues todo error de hecho determina un error acerca del derecho y, en multitud de supuestos, el error de derecho determina un error acerca de los hechos”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 666. “Tradicionalmente, en Derecho penal como en otras ramas del Derecho, se hablaba de error de hecho y error de Derecho como categorías en principio diferentes, aunque para algunos debían tener igual tratamiento. Sin embargo, en la doctrina moderna se sustituye esa distinción por la de error de tipo y error de prohibición por dos razones: primero, porque, cuando en una descripción legal se contienen elementos normativos del tipo, el error sobre alguno de ellos puede deberse a un error de Derecho (p.ej. en el hurto considerar la cosa que se toma como no “ajena” debido a desconocimiento o falsa interpretación de las normas civiles sobre propiedad) y ser sin embargo ya un error sobre el tipo (sobre los elementos que fundamentan la prohibición) y no meramente un error sobre la prohibición; segundo, porque a partir del finalismo un sector doctrinal mantiene (aunque esta posición es mucho más discutible) que el error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación (causas de justificación putativas), pese a ser un error de hecho, es un error de prohibición, y no un error sobre el tipo excluyente del dolo”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 259-260. “El error puede ser directo (que provoca el desconocimiento de la existencia de cualquiera de los caracteres del delito que efectivamente concurren) o inverso (que consiste en la suposición de que concurre alguno de los caracteres del delito, cuando, en realidad no es así)... Puede hacerse una clasificación del error atendiendo a sus efectos, o a su contenido... Por sus efectos, el error se divide en esencial (que excluye el dolo respecto del objeto al que afecta), e inessential (que es irrelevante). El error esencial, a su vez, se subdivide en vencible... e invencible”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 661. “El error, desde una perspectiva jurídica, es vencible cuando está en manos del autor superarlo (requisito cognitivo) y la ley le reprocha que no lo haga (requisito normativo). Siempre que hay un error vencible podemos concluir que si el sujeto se hubiera esforzado (y la ley le pide este esfuerzo) no habría incurrido en error. Esto significa que si el sujeto se hubiera comportado diligentemente habría superado su error, por ello no se anula del todo la imputación subjetiva, pero sí disminuye. Cabe hacer un reproche atenuado por inobservancia del cuidado debido (imprudencia a la hora de conocer la realidad). El error es invencible cuando estaba fuera del alcance del autor el conocer correctamente la realidad (requisito cognitivo), o bien le era posible desde un punto de vista fáctico, pero la ley no se lo exige (requisito normativo). En el primer caso el error era literalmente insuperable, así que nada hay que reprochar al autor, y en el segundo el sujeto podía fácilmente llegar a conocer pero la ley no se lo exige, con lo que desaparece también cualquier reproche subjetivo”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 3.- Dolo, imprudencia y error >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 259-260. “Por su contenido, el error se divide en propio o en el motivo, que afecta al proceso psicológico de formación de la voluntad, y error impropio u obstativo, que afecta a la ejecución del delito”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 662.

exclusión del dolo es la ausencia del elemento intelectual o conocimiento de los elementos del tipo. Dicha falta de conocimiento puede consistir en una absoluta ignorancia o bien en un cierto conocimiento, pero erróneo o equivocado, de la situación típica; en sentido amplio, en ambos casos puede hablarse de error (sobre la situación). Tal es la esencia del error de tipo, que se distingue del error de prohibición en que éste último no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino (sólo) del hecho de estar prohibida su realización⁸⁵⁶.

Hasta la reforma de 1983, el Código Penal no contenía ningún precepto relativo al error de tipo. A partir de la referida reforma el legislador acoge un tratamiento dual. En la actualidad se encuentra regulado en el artículo 14 del Código Penal. Los dos primeros apartados se refieren a lo que la doctrina llama error de tipo, en sentido estricto; el último al error de prohibición⁸⁵⁷.

El tratamiento que se propugna en dicho precepto para el *error invencible*, cualquiera que sea su objeto, es, la exclusión de la responsabilidad criminal correspondiente.

En cuanto al *error vencible*, se distingue según éste recaiga “sobre un hecho constitutivo de infracción penal” (error de tipo), en cuyo caso la infracción será castigada como imprudente si existe castigo para la modalidad imprudente de la correspondiente figura delictiva; o bien, sobre “la ilicitud” de dicho hecho constitutivo de la infracción penal (error de prohibición), en cuyo caso es preceptiva la atenuación de la pena en uno o dos grados⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 259; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 278; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 275.

⁸⁵⁷ “En la legislación española, hasta la Reforma parcial y urgente de 25 de junio de 1983, carecía de regulación expresa el error, el mecanismo técnico jurídico del mismo se apoyaba esencialmente en la aplicación a *sensu contrario* del art. 1 (voluntariedad), ya que *nada puede ser querido sin ser previamente conocido*. Tras la Reforma apuntada se introduce en el Código Penal el art. 6 bis a)... [dando] entrada en el Código Penal a la moderna distinción error de tipo... y error de prohibición... El Código Penal de 1995 da nueva redacción al error en su artículo 14, siguiendo las líneas maestras del anterior Código”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... Op. cit., Pág., 350. Vid., FERRER SAMA, A.: *El error en Derecho Penal*. Ed. Universidad de Murcia. Murcia, 1941.

⁸⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 275-276; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN,

4.3.1.- ERROR SOBRE EL TIPO DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL

Cualquier clase de error sobre los elementos del tipo objetivo (ya se trate de elementos descriptivos o normativos) conduce a la impunidad de la conducta al no estar incriminada expresamente la comisión de este delito por imprudencia (arts. 12 y 14.1 CP)⁸⁵⁹.

T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 677-682. “La reforma, parcial y urgente, del Código penal operada por la Ley Orgánica 8/1993, de 25 de junio (BOE 27 de junio), ha sido, probablemente, la reforma más importante que se ha producido en nuestra legislación penal desde los ya lejanos tiempos de la Codificación decimonónica... La legislación penal española había quedado anclada en una orientación fundamentalmente objetiva, más atenta al hecho realizado y a sus consecuencias que al autor causante del mismo. Esta orientación objetivista se traducía en la supervivencia de la responsabilidad por el resultado y la inexistencia de preceptos que dieran relevancia expresa al error de prohibición en cualquiera de sus formas o modalidades... La reforma de 1983... [introdujo] los nuevos artículos 6 bis a) y bis b)... A partir de ahora, el principio de culpabilidad, tanto en su vertiente de reducción de la responsabilidad por el resultado, como en la de la relevancia del error de prohibición, no será más una especie de postulado metalegal ideal, sino uno de los principios básicos del Ordenamiento jurídico penal vigente”. MUÑOZ CONDE, F.: *El error en Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 21-22. Dispone el artículo 14 del vigente Código Penal: Artículo 14.- “1.- El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2.- El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3.- El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. “El dolo y la imprudencia no pertenecen a la culpabilidad, sino a la parte subjetiva del tipo... Una consecuencia fundamental de esta concepción es que ha de ser diferente el tratamiento del error de tipo y el del error de prohibición; no porque el segundo sea irrelevante como sostenía la teoría del *error iuris nocet*, pues sí ha de influir necesariamente en la responsabilidad penal del sujeto que sufre un error de prohibición, sino porque no pueden estar equiparados en sus consecuencias... La mayoría de la doctrina sostiene con razón que el error de prohibición, que es una cuestión únicamente de desconocimiento de la prohibición general por situación individual de incapacidad o menor capacidad subjetiva pese a conocer los presupuestos de la prohibición, no puede excluir el dolo y dar lugar a imprudencia o incluso a excluir también la imprudencia; ese efecto sólo lo puede tener el error de tipo... El error de prohibición, debido siempre a un problema individual de incapacidad o inferiores condiciones de ese sujeto, sólo puede afectar a la culpabilidad individual (atenuarla o incluso excluirla) respecto de un tipo de injusto que permanece inalterado en su parte subjetiva: doloso si concurría dolo, o (aunque a veces no se destaca esta posibilidad) imprudente si de entrada la comisión era imprudente. Es decir, la doctrina mayoritaria defiende con razón para el error de prohibición la denominada “teoría de la culpabilidad” (el error de prohibición sólo afecta a la culpabilidad individual, no al dolo -ni a la imprudencia en su caso-), y considera que ése es precisamente el sentido de la distinta regulación del error de prohibición frente al error de tipo en el art. 14.3 y 1 del actual CP (como ya sucedía desde 1983 el correlativo art. 6 bis a) 3.º y 1.º del anterior CP), cuando considera que el error de prohibición vencible no da lugar, por excluir el dolo, a un delito imprudente en su caso (o sea en caso de que esté castigada la comisión imprudente, supuesto que en el actual CP 1995 es excepcional si hay imprudencia grave, y excepcionalísimo si la imprudencia sólo fuera leve) o a impunidad si la comisión imprudente es atípica, sino que sólo atenúa, bajando en uno o dos grados, la pena del delito doloso, precisamente porque está disminuida la culpabilidad”. LUZÓN PEÑA, D.M.: << Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial...* Op. cit., Págs., 3-4.

⁸⁵⁹ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 210. “Si el error podía haber sido evitado prestando la debida

A) *Error sobre la existencia o alcance de la autorización*

QUINTERO OLIVARES, CALABUIG COSTA, MANZANARES SAMANIEGO, GÓMEZ IBARGUREN plantean la posibilidad de que en este delito se dé un error sobre la existencia o alcance de la autorización. Afirma el primero de estos autores que “la autorización, cuya ausencia es elemento típico, puede dar lugar a los consabidos problemas de error”; y que “el error vencible, en este delito, participa a la vez de la condición de error sobre la prohibición (legitimidad) y sobre un elemento del tipo, lo cual concurre a que el error vencible dé lugar a la impunidad”⁸⁶⁰.

atención o diligencia en la comprobación, ello significa que ha habido imprudencia y, como dispone el art. 14.1, inciso 2º CP 1995, “la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”, lo que presupone que el correspondiente tipo admita la comisión imprudente... pues si no es así, el error aun vencible dará lugar a impunidad”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 261. Vid., Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 27-1-2015, nº 10/2015, rec. 143/2014, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2015/23036): “La doctrina jurisprudencial sobre el error aunque es compleja, se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 258/2006, de 8 marzo, en la que textualmente se dice: “El dolo, en su elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denomina ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (*error facti*) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (*error iuris*) que correspondería a la ignorancia. Por lo tanto, en el artículo 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone su conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea sobre los elementos esenciales del tipo (núm. 1), y a su vez vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); (STS 7-7-95); y en el núm. 3, el error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre su error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) y un error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto). O como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2007: “Así pues, es entendimiento común en nuestra jurisprudencia que en el artículo 14 se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal (núm. 1) o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2). En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide la apreciación de ésta. En el número 3º se otorga tratamiento jurídico al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o un error sobre la causa de justificación (error de prohibición indirecto)””.

⁸⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.-(Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 74; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 659-660. “Si bien es cierto que podría suscitarse el caso en que la persona que ocupa la finca en cuestión podría incurrir en un error al creer que posee la autorización del titular necesaria para ello (pensemos por ejemplo en los casos en que la ocupación es tolerada tácitamente por el legítimo titular), no es menos cierto que la posibilidad de otorgar relevancia a dicho error disminuye significativamente en los supuestos

en que, habiendo ocupado el inmueble sin expresa oposición del titular, permanece en el mismo una vez que es requerido por éste para que lo abandone”. CALABUIG COSTA, M^a L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 814. “La falta de autorización y la voluntad contraria del titular, según los casos, centrarán asimismo la problemática del error. Se producirá el de tipo cuando, por ejemplo, se considere equivocadamente como consentimiento lo que no pasa de ser tolerancia pasiva”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 914. “También se produce esta situación cuando exista error en cuanto a la existencia de autorización por su titular o la no revocación de dicha autorización si se hubiese dado en un primer momento”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* *Op. cit.*, Págs., 11-12. *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10^a, S 15-1-2015, n° 118/2015, rec. 291/2014, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2015/55562): “Inmediatamente a lo expuesto, la representación procesal de Ascensión construye una suerte de alegato fundado en el error de tipo, que no menciona como tal, pero que se vendría a corresponder con la propia manifestación exculpatoria reiterada de que una tercera e ignota persona (de quien la única seña que se refiere es ser ciudadano nigeriano) les había franqueado la entrada y permitido la estancia, dándoles la apariencia de legítimo poseedor de la vivienda. La invocación de la parte apelante entraña el desconocimiento de alguno o todos los elementos configuradores de la infracción penal que, a la vista de lo expuesto, se centra en el desconocimiento no de lo incontestable de lo ajeno del inmueble, sino de la ausencia de autorización o la manifestación de la oposición del titular (al afirmar que era aquel ignorado joven). En lo que a probanza se refiere, en el error de tipo, resulta inevitable la siempre vidriosa incursión en el arcano más íntimo del sujeto que, para poder aflorar externamente, debe hacerse pivotar en las reglas de la inferencia cuando no en la “facta concludentia”. Podría predicarse válidamente, en consecuencia y también en hipótesis, ese desconocimiento en el momento inicial de la usurpación (de haber existido aquella ignorada persona y que hubiese actuado así), pero en modo alguno tras la comunicación de la denuncia de la titular, muy anterior al abandono por desalojo. No cabe aquí olvidar que el injusto es claramente un delito permanente, es decir, uno de aquellos en los que la situación antijurídica se prolonga por voluntad del autor y mientras dura la misma (bien puede decirse, que como en todos los de tal categoría, el delito se consume “minuto a minuto”)”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23^a, S 25-6-2014, n° 642/2014, rec. 461/2013, Pte: Callejo Hernández, Gregorio María (EDJ 2014/163620): “La defensa, en su recurso, sugiere un supuesto error de tipo basado en la declaración en sede de instrucción de la condenada. Allí la apelante se limitó a decir que ocupó la casa tras abonar 400 euros a unos chicos que allí estaban. De ahí extrae la letrada que “... pensaba que eran los propietarios del piso y que ella estaba legal allí, ya que pagaba su renta mensualmente”, en una pintoresca interpretación de la versión de la recurrente. Las pruebas, racionalmente de cargo, son aptas para enervar la presunción de inocencia y su valoración es correcta y no incurre en arbitrariedad o error alguno. Debe desestimarse el recurso”. Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1^a, S 5-6-2014, n° 55/2014, rec. 34/2014, Pte: Suárez Sánchez, Urbano (EDJ 2014/112636): “Aun cuando se desdobra en dos motivos en realidad se recurre por uno solo, ya que todos los alegatos en pro de la estimación pivotan sobre el mismo punto, el error de tipo porque afirman los apelantes que contaban con autorización para ocupar la vivienda, lo que constituía un título que impide que la ocupación sea penalmente relevante. Desde esta perspectiva hemos de recordar que según ha venido a establecer el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia 1070/2009 de 2 de noviembre “Esta última clase de error existe cuando el falso conocimiento o la ignorancia versa “sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal” (art. 14.3), algo que en estos casos es inherente al propio error de tipo, como queda de manifiesto en el caso presente, en el cual la señora que se creía heredera y sacó dinero de la cuenta del difunto evidentemente creía que su comportamiento era lícito. En tal colisión de normas ha de considerarse de aplicación preferente el art. 14.1: el error de prohibición tiene carácter subsidiario respecto del error de tipo. Así ha de entenderse como consecuencia del lugar lógicamente prioritario que ocupa este elemento del delito, la tipicidad (en la llamada teoría del delito de la parte general del Derecho penal) respecto del otro elemento, la culpabilidad, donde se inserta el tema del error de prohibición”... Pues bien, en este caso no existe tal error porque para que pudiera ser examinado si existe tal falsa creencia y la trascendencia que tiene en orden a la tipicidad de los hechos sería necesario que la versión ofrecida por los apelantes estuviese probada y no existe ni una sola prueba de que sea cierto lo que manifiestan. Para que pudiera estimarse como creíble sería preciso que se hubiera ofrecido algún dato más sobre esa persona, una mujer que en la declaración de Dulce se afirma se llama Florinda, que les autorizó a ocupar la vivienda pero a pesar de que por el Juzgado de Instrucción se requirió esa información, en concreto un número de teléfono, nunca la aportaron, señal clara de que no existe tal persona. Pero es más, aun cuando aceptásemos la versión exculpatoria la misma tendría eficacia hasta el momento en que se les indica que la vivienda es propiedad de los hermanos Plácido, Rita,

Discrepamos, con todo respeto, de lo manifestado por QUINTERO OLIVARES sobre la doble naturaleza del error, pues como ya expusimos anteriormente, el tipo penal de usurpación impropia exige que la conducta se realice, bien sin autorización debida, si se trata de ocupación; bien, contra la voluntad de su titular en los supuestos de mantenimiento. Tanto en uno como en otro caso el consentimiento del titular (*Einverständnis*) excluye la tipicidad, no la antijuridicidad⁸⁶¹.

B) Error sobre la ajenidad del inmueble

También cobra especial relevancia el error de tipo referido al elemento normativo “ajenidad de la cosa”. Como afirma SERRANO PIEDECASAS, “no cabe invocar tal error si se han forzado los cierres dispuestos para evitar el acceso de terceros al

Belarmino, Luis, Alberto, Eufrasia, Florián, porque en ese momento deja de existir la creencia equivocada de que tiene autorización de quien se ha manifestado ante ellos como propietaria. El hecho, declarado probado, de que permanecieron en ella a pesar del requerimiento de que la abandonasen, también es dato a tener en cuenta porque si existe el error hasta ese momento, cuando menos, al indicarles que deben abandonar el inmueble, alguna gestión o indagación deberían haber realizado con el fin de contrastar si lo que ellos sostienen, que la propiedad era de otra persona según la información que tenían, una tal Aureliano y su hija Florinda, o la que les expresaba Plácido, que la vivienda era de él y sus hermanos, era lo cierto y en tales circunstancias no existe error sino un deseo de no querer saber, que es algo muy diferente ya que implica, como poco, la presencia de un dolo eventual. No existe el error que se invoca sino una versión ideada con el único, aunque comprensible, fin de obtener su exoneración”. Audiencia Provincial de Palencia, sec. 1ª, S 29-6-2009, nº 64/2009, rec. 60/2009, Pte: Ráfols Pérez, Ignacio Javier (EDJ 2009/139810): “Lo que ocurre es que en el presente caso, el Juez de instancia, a la vista de la prueba practicada, ha entendido que cabía apreciar la existencia de un *error de tipo* pues el acusado se encontraba en la creencia de que gozaba de esa autorización, creencia errónea, ciertamente, pero suficiente excluir la tipicidad de la conducta. Y esta Sala comparte esta conclusión pues si bien es verdad que el acusado no ha aportado una concreta corroboración a su manifestación de que una persona que se identificó como copropietario del inmueble le había autorizado su mera ocupación también lo es que existen indicios de la posibilidad de concurrencia de tal circunstancia dado que, a partir de las declaraciones de los agentes de Policía, fácil es afirmar la creencia de que dicho inmueble pertenecía a una copropiedad de varias personas además de la Junta de Castilla y León. Así se desprende del oficio de la Policía Local de Palencia que obra al folio 9 de los autos. Esta estado de cosas hace que sea, al menos, dudosa la situación jurídica de la ocupación realizada por el acusado y creíble su manifestación. Por ello, debe respetarse el pronunciamiento del Juzgador de instancia máxime cuando no se utilizó para clarificar esa situación, pese a solicitarlo el Ministerio Fiscal en escrito de 23 de mayo de 2008, el oportuno requerimiento de desalojo que, para el acusado, hubiera puesto de manifiesto de forma clara y precisa la situación jurídica del inmueble”.

⁸⁶¹ “En relación con la institución del error, pueden plantearse problemas con los requisitos de “falta de autorización” o “voluntad contraria del titular”, ya que el autor podría tener una errónea apreciación sobre la existencia o alcance de ambas. En tal supuesto, nos inclinamos por la aplicación del error vencible de tipo (art. 14 del Código Penal) dado su carácter de elementos del tipo, lo que conduciría a la impunidad, ya que el error vencible de tipo determina la aplicación del tipo imprudente que en este delito no aparece tipificado”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 26.

edificio”. GÓMEZ IBARGUREN, en cuanto a la conciencia de la ajenidad del bien, sostiene que podría producirse una situación de error de tipo en la que el sujeto, o bien desconociese que es ajeno, o bien pensase de buena fe estar en posesión de un justo título que le permitiera ocupar dicho bien (v. gr., un contrato de compraventa realizado por una persona que no tenía capacidad para disponer de dicho bien, y en la que existiese un vicio en la voluntad)⁸⁶².

⁸⁶² SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 420; GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* *Op. cit.*, Pág., 11. *Vid.*, Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 25-6-2012, nº 485/2012, rec. 229/2012, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2012/200458): “En efecto, estima el Juzgador a quo que el acusado, al entender que era lícito el título en que amparaba su ocupación de la finca, incurrió en un error de prohibición que calificó como vencible a partir de la fecha en que es requerido de desalojo por el hijo de la querellante como heredera de la titular registral de la finca. Sin necesidad de valorar la vencibilidad o invencibilidad del error, lo cierto es que ese error no era de prohibición (relativo a la ilicitud del hecho), sino de tipo (relativo a un hecho constitutivo de la infracción penal). Sobre la diferencia entre ambas figuras de error dice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10-12-1998, rec. 737/1998, que el error de prohibición “afecta más bien a la culpabilidad porque supone la falta de conocimiento sobre la antijuricidad de la conducta. Ese error de prohibición puede ser error sobre la norma prohibitiva, que se denomina error de prohibición directo, y el error sobre las causas de justificación, que se denomina error de prohibición indirecto. El error sobre el tipo, o error de hecho, afecta más bien a la tipicidad como conocimiento equivocado sobre alguno de los elementos descritos por el tipo delictivo o sobre las circunstancias que lo cuantifiquen o agraven. Error en el tipo lo sufre quien toma una cosa ajena creyéndola propia. Error de prohibición lo comete quien encontrándose una cosa perdida se la apropia ignorando la obligación impuesta por el artículo 615 del Código Civil para restituirla o consignarla”. En el caso de autos, el error del acusado recaía sobre la ajenidad de la finca que poseía a título de dueño y, en consecuencia, sobre un elemento esencial del tipo del delito de usurpación de inmueble objeto de acusación. Si, como argumenta el Juzgador a quo, el error sufrido por el acusado debe ser considerado como vencible, la infracción habría de ser castigada como imprudente por aplicación del artículo 14.1 del Código penal. Sin embargo, no contemplándose la modalidad imprudente en el delito de usurpación, la apreciación de un error vencible de tipo determina la absolucióndel acusado, dado que el artículo 12 del Código penal solo permite la condena por infracciones imprudentes cuando expresamente lo disponga la Ley”. Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 27-1-2015, nº 10/2015, rec. 143/2014, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2015/23036): “Siendo de otra parte que los condenados fueron notificados del auto de Procedimiento Abreviado de fecha 8 de mayo de 2013 (véase folio 60 en relación con el folio 354) por el que se continúan las actuaciones por dichos trámites y notificada de la celebración del Juicio Oral el día 12 de septiembre de 2013 postpuesto el día 5 de noviembre de 2014 a las 11 horas, no acudiendo los acusados ni alegaron justa causa, por lo que no pueden prosperar las alegaciones de error en la ocupación de la vivienda al ser consciente de que no le pertenecía, ni haber dado explicación alguna en el juicio, al que no comparecieron. No pudiendo ser admitida la justificación de la ausencia de vigilancia en la vivienda, pues ello no constituye elemento del tipo del injusto”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “Cobra aquí especial relevancia el error de tipo referido al elemento normativo “ajenidad” de la cosa. Como ya se dijo, no cabe invocar tal error si se han forzado los cierres dispuestos para evitar el acceso de terceros al edificio. La jurisprudencia además exige para poder apreciarlo, que el desconocimiento acerca de si la vivienda era ajena: “haya quedado probado, sin que en modo alguno sea bastante para estimarlo las subjetivas e interesadas declaraciones de los acusados si los hechos probados demuestran lo contrario”... En este caso, no podemos hablar de error y desconocimiento de que el inmueble era ajeno, pues se cambió la cerradura al propietario”. Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, S 30-11-2010, nº 166/2010, rec. 1/2010, Pte: García Castillo, José Tomás (EDJ 2010/306413): “Se trata de alegar en el recurso que éste, al ocupar (primero con ganado y más tarde con maquinaria diversa) la finca que ya había sido ejecutada, pudo obrar bajo un error sobre la titularidad de dicho inmueble (que sería uno de los elementos constitutivos del delito por el que se le ha condenado a los efectos de los arts. 14.1 y 14.2) o bien sobre la licitud de su conducta (conforme al art. 14.3), mas no podemos aceptar

C) El error debe ser probado por quien lo alega para que sea eficaz

Para apreciar el error es necesario que el desconocimiento de la ajenidad, o de la ilicitud del título de ocupación haya quedado probado, sin que en modo alguno sea bastante para estimarlo las subjetivas e interesadas declaraciones de los acusados, si los hechos probados demuestran lo contrario⁸⁶³.

ninguna de dichas tesis teniendo en cuenta que, aparte de que las manifestaciones del propio acusado no dejan de ser reveladoras en cuanto al conocimiento de que la finca había sido ejecutada, ya que en el juicio oral manifestó que no está de acuerdo con la estafa que se ha hecho a sus padres de igual modo que había calificado la adjudicación como robo en su declaración como imputado ante el Juzgado Instructor, uno de los acusadores particulares e incluso, aun recelando del testimonio de este último por su condición de parte procesal, el comandante de puesto de la Guardia Civil que compareció en la última sesión del juicio oral (al término de la cual volvió a insistir el apelante en que a él le han robado) manifestaron que no sólo ellos estaban presentes en el acto de toma de posesión de la finca adjudicada sino que también lo estaba el propio acusado, dicho lo cual ni cabe afirmar que este último sufriera un error, y mucho menos invencible, sobre la ajenidad de la finca principal cuando él la ocupó ni tampoco que obrara en la convicción de que su conducta era lícita, debiendo decaer por todo ello el segundo motivo de apelación”. Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, S 10-6-2008, nº 168/2008, rec. 158/2008, Pte: Saguillo Tejerina, Ernesto (EDJ 2008/171324): “Podría oponerse a esto último que la denunciante estaría en su perfecto derecho pues el inmueble era de su titularidad pero ello ha de conectarse con la anterior situación coposesoría y la convicción del denunciado de tener algún derecho sobre la finca, convicción que se reconoce en la sentencia de instancia y que más bien jugaría en el terreno del error de tipo que en el de prohibición, pese a no ser fácil de discernir, por cuanto se trataría de la creencia de que, por haber pagado él parte del dinero del inmueble, también sería copropietario del mismo, error de tipo que, en el caso de su vencibilidad daría lugar a la consideración de la conducta como imprudente (artículo 14.1 del Código Penal), lo que en un delito que carece de tal forma de comisión produciría la absolución del mismo. En tales circunstancias, este tribunal no está en condiciones de modificar (en perjuicio del reo) la deducción de la juez de instancia sobre su ausencia de conciencia delictiva”.

⁸⁶³ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 420. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 26-3-1999, nº 545/1999, rec. 2337/1997, Pte: Maraño Chávarri, José Antonio (EDJ 1999/2587): “Para dilucidar si hubo tal error, habrá que partir de los datos fácticos recogidos en la sentencia, de carácter objetivo (prescindiendo de las afirmaciones de matiz subjetivo...) y ponderar si de tales datos cabe inferir que el acusado no conocía...”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 9-10-2000, rec. 519/2000, Pte: Guindulain Oliveras, Elena (EDJ 2000/71546): “Los recursos deben ser desestimados. Los recurrentes basan su pretensión absolutoria en la concurrencia de un error de tipo del artículo 14.1 del Código Penal. Alegan que desconocían que la cosa era ajena y que su situación era irregular en la vivienda. Para estimar la concurrencia de dichos errores sobre los elementos normativos del tipo, en el caso sobre que la vivienda era ajena y que la ocupaban sin la autorización debida es absolutamente imprescindible que tales extremos de desconocimiento hayan quedado probados, sin que en modo alguno sea bastante para estimarlo las subjetivas e interesadas declaraciones de los acusados si los hechos probados demuestran lo contrario. (S.T.S. 26.3.99). Y en el caso los acusados no comparecieron al acto del juicio oral ni han aportado prueba alguna de que contaran con la autorización debida de la anterior ocupante autorizada de la vivienda, habiéndose practicado prueba de cargo que acredita que la vivienda era de ajena pertenencia y que el contrato del alquiler con la ocupante autorizada estaba rescindido, que ha consistido en la testifical de la propietaria de la vivienda y del administrador así como en el contrato de arrendamiento con el anterior inquilino y ocupante autorizada y su rescisión con entrega de llaves el día 1 de Septiembre de 1996, habiéndose iniciado estas diligencias penales interesando el desalojo de la vivienda el 8 de febrero de 1997 materializándose el mismo el 26.11.97”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 3-2-2015, nº 73/2015, rec. 1653/2014, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2015/22042): “No resulta de aplicación el art. 14. 3º del CP, que establece que el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye

la responsabilidad criminal, como pretende la parte apelante, pues la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1996 (R. 6541), recogiendo la doctrina establecida en la sentencia de 28 de marzo de 1994 (R. 2604), establece que "tanto el error de tipo como el de prohibición son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida, según que la motivación sea errónea creencia vencible o invencible, el error ha de demostrarse indubitado y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse, otra cosa es que el supuesto error esté o no probado, prueba que sólo a quien lo alega incumbe". También *la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1996 (R. 7571) ha establecido la necesidad de la probanza por parte de quien pretende la exculpación alegando el error en cualquiera de sus modalidades*. Y en el caso de autos resulta que tal error no ha quedado acreditado, ya que se trata de una mera manifestación del acusado y su compañera sentimental, que pensaron que habían alquilado la casa y que por ello su presencia en la misma era legal, pero ninguna prueba se ha practicado al efecto". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 5-3-2014, nº 118/2014, rec. 405/2013, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2014/36029): "Debe tenerse en cuenta que lo que viene a alegar la parte recurrente sin llamarlo por su nombre es la concurrencia de un error de tipo del art. 14 del Código Penal ya que se viene a mantener que Calixto desconocía la falta de consentimiento del propietario del inmueble para su ocupación por terceras personas. Siendo a recordar la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reflejada en su sentencia de 15 de abril de 2002, conforme a la cual, *el error debe ser probado por quien lo alega para que sea eficaz*". Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): "No cabe invoca tal error si se han forzado los cierres dispuestos para evitar el acceso de terceros al edificio. La jurisprudencia además exige para poder apreciarlo, que el desconocimiento acerca de si la vivienda era ajena: "haya quedado probado, sin que en modo alguno sea bastante para estimarlo las subjetivas e interesadas declaraciones de los acusados si los hechos probados demuestran lo contrario"... En este caso, no podemos hablar de error y desconocimiento de que el inmueble era ajeno, pues se cambió la cerradura al propietario". Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-10-2004, nº 312/2004, rec. 299/2003, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña (EDJ 2004/173138): "Con carácter previo va a ser examinado los motivos esgrimidos por defensa: Error de Hecho y de Derecho al desconocer los acusados, extranjeros de reciente estancia en este país, que la vivienda ocupada se encontrara en uso por la propiedad por el contrario estaban en la creencia de que se trataba de viviendas desocupadas. Desconocimiento así mismo la ilicitud de los hechos y trascendencia jurídica penal de los mismos en nuestro entorno cultural. Pues manifiestan que ellos hicieron lo que vieron en sus compatriotas que llevaban más tiempo aquí. Estos motivos de ignorancia de los hechos y del derecho deben ser desestimados. Los recurrentes basan su pretensión absolutoria en la concurrencia de un error de tipo del artículo del artículo 14.1 del Código Penal. Alegan que desconocían que la cosa era ajena (porque se encontraba abandonada) y que su situación no era irregular en la vivienda (porque había otros casos con el mismo modus operandi de introducirse en casas). Según tiene dicho la jurisprudencia de las distintas Audiencias para poder apreciar la concurrencia de dichos errores sobre los elementos normativos del tipo, y si se cumple el tipo; sobre la ajenidad de la vivienda; o la licitud el título de ocupación *es absolutamente imprescindible que tales extremos de desconocimiento hayan quedado probados*. Sin que en modo alguno sea bastante para estimarlo las simples manifestaciones de los acusados o familiares de éstos en ese sentido (S.TS. 26.3.99)". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 9-10-2000, rec. 519/2000, Pte: Guindulain Oliveras, Elena (EDJ 2000/71546): "Los recursos deben ser desestimados. Los recurrentes basan su pretensión absolutoria en la concurrencia de un error de tipo del artículo 14.1 del Código Penal. Alegan que desconocían que la cosa era ajena y que su situación era irregular en la vivienda. Para estimar la concurrencia de dichos errores sobre los elementos normativos del tipo, en el caso sobre que la vivienda era ajena y que la ocupaban sin la autorización debida es absolutamente imprescindible que tales extremos de desconocimiento hayan quedado probados, sin que en modo alguno sea bastante para estimarlo las subjetivas e interesadas declaraciones de los acusados si los hechos probados demuestran lo contrario. (S.TS. 26.3.99). Y en el caso los acusados no comparecieron al acto del juicio oral ni han aportado prueba alguna de que contaran con la autorización debida de la anterior ocupante autorizada de la vivienda, habiéndose practicado prueba de cargo que acredita que la vivienda era de ajena pertenencia y que el contrato del alquiler con la ocupante autorizada estaba rescindido, que ha consistido en la testifical de la propietaria de la vivienda y del administrador así como en el contrato de arrendamiento con el anterior inquilino y ocupante autorizada y su rescisión con entrega de llaves el día 1 de Septiembre de 1996, habiéndose iniciado estas diligencias penales interesando el desalojo de la vivienda el 8 de febrero de 1997 materializándose el mismo el 26.11.97".

En esta línea la Jurisprudencia *menor* considera dolosa la entrada mediante forzamiento de la puerta o entrega de las llaves por “unos ecuatorianos”, sin que en tales casos pueda admitirse el error sobre la ajenidad del inmueble⁸⁶⁴.

En todo caso, aunque se pruebe y estime que concurre error, no se exime de responsabilidad civil al autor del hecho (art. 118.2 CP)⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049): “Es asimismo manifiestamente errónea la inferencia de la juzgadora de instancia, a partir de los hechos probados, no sólo que no supiese la acusada que la vivienda perteneciera a la EMV sino la afirmación: “no siendo su voluntad hallarse en tal lugar sin autorización, de manera que una vez conociendo, especialmente estando el asunto en el juzgado, que la vivienda era de la Empresa Municipal de la Vivienda, que pretendía su desalojo, lo hizo en poco tiempo”, ya que *es contrario a la lógica deducir que quien entra en un inmueble, bien forzando la puerta de entrada (como manifestó a los inspectores), o bien mediante la entrega de las llaves por “unos ecuatorianos”, circunstancia a la que la juzgadora ha dado alguna credibilidad o, invirtiendo las normas de la carga de la prueba, considera que “no se ha probado lo contrario”, cuando en realidad la acusada no compareció en la vista a justificarse, son supuestos normales de entrada en la posesión de un bien inmueble, y por el contrario lo que exteriorizan es el actuar doloso por parte de la imputada, además de haber sido preciso un acto de lanzamiento, como se ha dicho”.*

⁸⁶⁵ Dispone el artículo 118.2 del Código Penal: “*En el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho*”. Este artículo “establece, para los diversos supuestos de error determinados en el art. 14 del nuevo CP, la obligación de responder civilmente por los hechos criminales cometidos bajo error y que obviamente hayan generado daños y perjuicios”. TORRES-DULCE LIFANTE, E.: << Libro I. Título V.- De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales. Artículo 118 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MARCHENA GÓMEZ, M., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 15ª edición, Madrid, 2015. Pág., 258. Siendo, pues, aplicable a todos los supuestos de error, se establece. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 4-12-2015, nº 783/2015, rec. 1153/2015, Pte: Abad Arroyo, Pilar (EDJ 2015/250806): “Concurre, por tanto, el denominado *error de tipo*... aunque el error se calificara como vencible procedería la absolución y ello porque conforme al art. 14.1 en caso de que el error fuera vencible la infracción en su caso sería castigada como imprudente y en tal caso es aplicable la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual en los casos en que un delito no se sanciona expresamente con la forma imprudente, no cabe punición del error de tipo vencible, pues el art. 12 del Código Penal excluye la pena en estos casos. Dicho de otro modo, cuando la regulación de los delitos contra la libertad sexual no prevé la forma comisiva culpable como ocurre en este caso (STS del 26-3-1999), sólo cabe un pronunciamiento absolutorio dado que y conforme lo dispuesto en tal sentencia “la concurrencia de un error de tipo vencible excluye la existencia de dolo y, por tanto, conduce a la sanción del hecho con la pena prevista para el delito imprudente. Sin embargo, en los casos en que un delito no se sanciona expresamente en forma imprudente (es decir, se sanciona sólo si se ha cometido con dolo) no cabe la punición del error de tipo vencible, pues la cláusula del artículo 12 excluye cualquier pena en estos casos (“*numerus clausus*”). En otras palabras: cuando un delito sólo se sanciona de forma dolosa, cualquier error de tipo (aún vencible) excluye la pena”... Conforme a lo dispuesto en el art. 118.2 CP en el caso del art. 14, serán responsables civiles los autores del hecho... es incuestionable que los hechos son típicos, el bien jurídico protegido se ha vulnerado y con ello la libertad e indemnidad sexual de la menor, lo que nos lleva a fijar una indemnización de 2.000 euros que entendemos ponderada y suficiente”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-10-2013, nº 778/2013, rec. 1949/2012, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2013/229577): “Declarada la concurrencia de un *error de prohibición*, la absolución es procedente subsistiendo la responsabilidad civil declarada en la Sentencia en observancia del art. 118.2 del Código penal”.

D) Precisiones conceptuales a los supuestos de error

La principal trascendencia de la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos del tipo (teniendo en cuenta de todos modos que hay múltiples elementos de carácter mixto, pero en los que predomina más lo descriptivo o lo normativo) se produce precisamente en materia de error; pues para el conocimiento de los elementos descriptivos basta normalmente con la percepción sensorial o el entendimiento lógico de las circunstancias de los mismos, mientras que para el conocimiento de la concurrencia de elementos normativos es precisa, además de la percepción de las circunstancias o sustrato fáctico, la comprensión de su sentido o significado conforme a normas que lo definen.

El error sobre un elemento normativo no plantea problemas cuando la equivocación o ignorancia recae sobre el sustrato fáctico del elemento, pues entonces está claro que excluye el dolo y tiene las demás consecuencias del error de tipo (*v.gr.*, no habrá ocupación dolosa –ni imprudente por aplicación del artículo 12 CP- si el sujeto toma posesión de un inmueble confundiéndolo con uno suyo similar y creyendo por tanto que era propio y no ajeno). Los problemas surgen cuando el error recae sobre el significado normativo, en su caso jurídico, del elemento, donde resulta sumamente complejo decidir en el caso concreto el tratamiento correcto y las consecuencias de esa clase de error.

Así puede darse un error de interpretación del significado o sentido normativo o jurídico exacto de un elemento normativo, debido al cual se crea equivocadamente que el supuesto de hecho no encaja en ese concepto normativo. En cualquier caso hay que reconocer que en ocasiones puede suceder que la equivocada interpretación de un concepto jurídico impida, igual que si se tratara de un error sobre el sustrato fáctico, la conciencia de los presupuestos mismos de la prohibición (o, si se quiere, del sentido material auténtico –generalmente el sentido social- del elemento típico y por tanto de la conducta) y dé lugar a un error de tipo. Así, igual que sucede por error fáctico, no habrá dolo de ocupar el inmueble si el sujeto, por un error jurídico, considera propia y no

ajena la cosa que ocupa y de la que toma posesión, pues no es consciente del presupuesto de la prohibición⁸⁶⁶.

Pese a la existencia de otras posiciones sobre la relevancia del error sobre el sentido jurídico o normativo (de otra clase) de un elemento normativo, consideramos que nos encontramos ante un error sobre el tipo. Y ello, porque desde el punto de vista del objeto del error, la división tradicional en *error facti* y *error iuris* es insostenible, pues todo error de hecho determina un error acerca del derecho (el error acerca de la situación de hecho provoca, en consecuencia, una falsa representación del derecho aplicable) y, en multitud de supuestos, el error de derecho determina un error acerca de los hechos (el error acerca de determinados elementos normativos da lugar a una falsa representación del hecho realizado). Esa inadecuación al objeto del error ha sido la causa principal del progresivo abandono de la clasificación y sustitución por error de tipo y error de prohibición, sin que se dé una equiparación entre las mismas. El *error facti* no coincide necesariamente con el error sobre el tipo, y tampoco el *error iuris* se identifica necesariamente con el error sobre la prohibición. El error sobre el tipo puede ser un error de Derecho, si tiene su origen en un entendimiento equivocado del alcance de un término normativo. Si bien, siempre ha de atenderse al caso concreto, pues, “lo contrario sería atentatorio al interés social del orden jurídico, pudiendo incluso poner en peligro su seguridad”⁸⁶⁷.

El error previsto en el nº 3 del artículo 14 (error de prohibición) no comprende los casos de error de derecho que consisten en error sobre un elemento normativo jurídico integrante del supuesto de hecho de la infracción penal, sino sólo el desconocimiento de la ilicitud de dicho supuesto de hecho. Así *v. gr.*, la creencia errónea de que el inmueble ocupado es propio y no ajeno, aunque proceda de un error de derecho, no tiene por qué ir acompañado del desconocimiento de que el hecho constitutivo de ocupación es ilícito. Ello supone que todo error sobre un elemento normativo del tipo, aunque sea de derecho, deberá considerarse error sobre “un hecho...

⁸⁶⁶ LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 264-267.

⁸⁶⁷ Cfr., SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)...* Op. cit., Pág., 355.

de la infracción penal”. Todos los casos de error de tipo deben incluirse, pues, en el nº 1 o en el nº 2 del artículo 14 del Código Penal⁸⁶⁸.

⁸⁶⁸ COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 666-670; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Pág., 165; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 562-564. Frente a esta postura LUZÓN PEÑA, distingue entre cuatro supuestos distintos: “Pero con independencia de la cuestión terminológica, veamos las posiciones sobre la relevancia del error sobre el sentido jurídico o normativo (de otra clase) de un elemento normativo: a) Para algunos el supuesto en general de error sobre el significado jurídico del elemento normativo es irrelevante por no constituir error de tipo ni de prohibición (así p.ej. Mir), argumentándose que es un mero error de subsunción en el sentido de irrelevante error de calificación. b) Para otros no constituye error de tipo, pero sí puede ser un error de prohibición (que... no excluye el dolo, pero sí atenúa la culpabilidad si es vencible o la excluye si es subjetivamente invencible) o bien un simple e irrelevante error sobre la punibilidad. c) Para un tercer sector normalmente ese error es, o bien irrelevante o un error de prohibición, pero a veces impide comprender ya el significado social (así Roxin) o, según otra fórmula, el sentido material auténtico de la acción, la concurrencia en el hecho del sentido material auténtico del elemento (Díaz y García Conlledó), o sea, que impide la comprensión de los presupuestos mismos de la prohibición, y entonces constituye un error de tipo. d) Ahora bien, dentro de este sector Díaz y García Conlledó matiza que el error sobre el sentido normativo de un elemento típico, en los casos en que no es error de tipo ni tampoco error de prohibición (porque el sujeto sí comprende que el acto es de algún modo ilícito), puede ser ciertamente irrelevante, pero también puede dar lugar a un error sobre la prohibición penal de la conducta, que es menos eficaz que el error de prohibición, pero no irrelevante, sino atenuatorio. Y esta última posibilidad que apunta Díaz desde luego es correcta, ya que... el error sobre la prohibición penal (o tipicidad penal) de una conducta no es irrelevante como cree la doc. dom., que lo denomina impropiaamente error sobre la punibilidad, sino parcialmente relevante: produce atenuación de la culpabilidad y por ello de la pena. Esta última posición, que distingue cuatro posibles efectos del error sobre el sentido o significado normativo de un elemento típico normativo: irrelevancia (si ni siquiera hay error de prohibición penal), sólo atenuación por error sobre la prohibición penal, error de prohibición y error de tipo, parece la más correcta, pues es la que distingue de modo más exacto y adecuado a los efectos producidos y por ello con tratamiento más justo los posibles efectos de un error sobre el significado jurídico o normativo de un elemento normativo: irrelevancia si no hay error de tipo ni de prohibición y ni siquiera error de prohibición penal, sólo atenuación en el error sobre la prohibición penal, en el error de prohibición, atenuante si es vencible e incluso eximente si es invencible... y si es error de tipo excluye el dolo y si es objetivamente invencible tb. la imprudencia). Ello aunque la solución de casos concretos pueda ser discutible. Así se dice que si alguien envenena a un perro ajeno, creyendo que los animales no encajan en el concepto de "cosa" que algunos Códigos utilizan en el delito de daños (en el Derecho español, donde el art. 263 CP habla de daños en "propiedad ajena", no vale el ejemplo, pero puede transformarse el supuesto en sustraer un animal ajeno creyendo que no es "cosa mueble" del hurto del art. 234), se trata en principio de un error de subsunción irrelevante, pues el sujeto conoce en una valoración paralela que daña (o sustrae) un objeto con las cualidades de aquellos que jurídicamente se consideran cosas, y tampoco hay error de prohibición, pues no es imaginable que crea que su conducta es lícita jurídicamente. A lo sumo cree que no es punible, lo que se suele afirmar que es irrelevante; sin embargo, en los casos en que el sujeto llegue a creer como consecuencia de tal error que la conducta es ilícita, pero no penalmente prohibida o típica, entonces el error de subsunción produce un error sobre la prohibición penal, que contra la opinión de la doc. mayoritaria sí es parcialmente relevante, con efecto atenuatorio de la culpabilidad... En otro ejemplo muy citado, el del cliente que borra alguna de las rayas o marcas que el camarero ha trazado en el posavasos para contar el número de bebidas que el cliente ha consumido, creyendo que el posavasos con las rayas no es un documento y que por ello su conducta no constituye falsedad en documento privado, se afirma que no hay error de tipo porque el cliente comprende en una valoración paralela que cambia el sentido de una declaración o manifestación incorporada a un objeto para servir de medio de prueba y ello es suficiente para comprender el sentido del elemento típico "documento" (aunque el sujeto crea no punible su conducta por no encajar directamente en el tipo). Pero algunos añaden (así Roxin) que puede haber un error de prohibición si el sujeto cree que tal objeto no cae bajo la protección jurídica específica de los medios de prueba. Y hay que volver a destacar que, si no produce error de prohibición, pero en el caso concreto sí error sobre la prohibición penal, ello tendrá efecto atenuante por la disminución de la culpabilidad. Ahora bien, en cualquier caso hay que reconocer que en ocasiones puede suceder que la equivocada interpretación de un concepto jurídico impida, igual que si se tratara de un error sobre el sustrato fáctico, la conciencia de los presupuestos mismos de la

prohibición (o, si se quiere, del sentido material auténtico -generalmente el sentido social- del elemento típico y por tanto de la conducta) y dé lugar a un error de tipo: Así, igual que sucede por error fáctico, no habrá dolo de hurto ni de daños si el sujeto, por un error jurídico, considera propia y no ajena la cosa de la que se apropia o que daña, pues no es consciente del presupuesto de la prohibición; y tampoco lo es y por tanto sufre error de tipo respecto de un encubrimiento (error que, aunque sea vencible, excluye toda responsabilidad penal, ya que el art. 451 exige "conocimiento de la comisión de un delito" y no castiga la modalidad imprudente) el sujeto que ayuda a escapar a un conocido buscado por la policía, porque por un error jurídico considera que a éste le amparaba una causa de justificación, ya que no cree proporcionar la fuga a un "presunto responsable de un delito" conforme al 451. Hay que mencionar por último que a veces se califican algunos errores sobre elementos normativos como error de prohibición, atendiendo únicamente a tal efecto final y pasando por alto que se desconocen ya los presupuestos mismos de la prohibición, por lo que estamos más bien ante un error de tipo; así sucede con la prevaricación del abogado que defiende o aconseja a dos partes contrarias en el mismo asunto (art. 467) pero creyendo, por una falsa interpretación, que realmente no se trata del "mismo asunto", supuesto que Roxin considera error de prohibición, pero es más correcto considerar como error de tipo, pues el abogado no es consciente de un presupuesto fundamental de la prohibición". LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 265-267.

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



USURPACIÓN PACÍFICA DE
BIENES INMUEBLES
Volumen II

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDO: JOSÉ MIGUEL JIMÉNEZ PARÍS

DIRECTOR: PROF. DR. D. FERNANDO SANTA CECILIA GARCÍA

MADRID, 2016

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
ÍNDICE GENERAL	9
INTRODUCCIÓN	29
CAPÍTULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS.....	33
1.- Antecedentes legislativos previos a la codificación	34
1.1.- La sociedad y la propiedad como presupuesto del delito de usurpación .	34
1.2.- Pueblos prerromanos.....	36
1.3.- La usurpación de bienes inmuebles en el Derecho romano	38
1.3.1.- MITOLOGÍA: DIOSES, PROPIEDAD Y USURPACIÓN	38
1.3.2.- DERECHO PENAL ROMANO	42
1.3.3.- IUS PRIVATUM.....	48
A) <i>Rei vindicatio</i>	48
B) <i>Interdictos posesorios</i>	51
a) <i>De los interdictos adipiscendae possessionis</i>	53
b) <i>De los interdictos recuperandae possessionis</i>	53
c) <i>De los interdictos retinendae possessionis</i>	55
d) <i>De los interdictos tam adipiscendae quam recuperandae possessionis</i>	56
1.4.- Época visigótica.....	56
1.4.1.- COMPILACIONES DEL DERECHO VISIGODO: CÓDIGO DE EURICO.....	58
A) <i>De invasionibus</i>	58
B) <i>De terminis</i>	60
1.4.2.- COMPILACIÓN DE DERECHO ROMANO: BREVIARIO DE ANIANO	62
1.4.3.- COMPILACIÓN DE DERECHO NACIONAL: LIBER IUDICIORUM	64
A) <i>De inlatis violentiis et damnis</i>	67
B) <i>De divisionibus, et annorum temporibus atque limitibus</i>	71
1.5.- La Reconquista.....	73

1.5.1.- FUEROS MUNICIPALES.....	77
1.5.2.- FUERO DE LEÓN.....	79
1.5.3.- FUERO REAL O FUERO DE LAS LEYES.....	81
1.5.4.- LAS PARTIDAS	83
1.5.5.- ORDENAMIENTO DE ALCALÁ	87
1.6.- Movimiento recopilador	89
1.6.1.- ORDENAMIENTO DE MONTALVO	90
1.6.2.- LEYES DE TORO	93
1.6.3.- NUEVA RECOMPILACIÓN	95
1.6.4.- NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN	98
2.- Codificación penal.....	106
2.1.- Orígenes de la codificación penal en España.....	106
2.1.1.- CÓDIGO FERNANDINO	106
2.1.2.- PLAN DE CÓDIGO CRIMINAL DE 1787.....	108
2.1.3.- PERIODO PREVIO A LA CODIFICACIÓN PENAL.....	111
2.2.- La usurpación en los diferentes Códigos Penales españoles	115
2.2.1.- CÓDIGO PENAL DE 1822	115
2.2.2.- CÓDIGO PENAL DE 1848	120
2.2.3.- REFORMA DE 1850.....	126
2.2.4.- CÓDIGO PENAL DE 1870	129
2.2.5.- CÓDIGO PENAL DE CARLOS VII.....	134
2.2.6.- CÓDIGO PENAL DE 1928	136
2.2.7.- CÓDIGO PENAL DE 1932	140
2.2.8.- CÓDIGO PENAL DE 1944. REFORMAS POSTERIORES	143
A) <i>Propuestas de tipificación de la Fiscalía</i>	146
B) <i>Texto revisado de 1963 y Texto refundido de 1973</i>	148
C) <i>Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal</i>	150
D) <i>Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal</i>	151
E) <i>Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal</i>	152
2.2.9.- PROYECTOS DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL.....	154
A) <i>Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980</i>	154

<i>B) Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983</i>	<i>158</i>
<i>C) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992.....</i>	<i>162</i>
<i>D) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994</i>	<i>167</i>
2.2.10.- CÓDIGO PENAL VIGENTE DE 1995. REFORMAS POSTERIORES	171
<i>A) Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....</i>	<i>179</i>
<i>B) Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....</i>	<i>181</i>
<i>C) Del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (X Legislatura) a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....</i>	<i>183</i>
2.2.11.- INTENTOS DE DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL .	194
<i>A) Propositiones de Ley de Grupos Parlamentarios del Congreso (VI y VII Legislatura).....</i>	<i>195</i>
<i>a) Grupo Parlamentario Federal de IU (VI Legislatura).....</i>	<i>195</i>
<i>b) Partido Democrático de la Nueva Izquierda, e Iniciativa-Els Verds. Grupo Mixto (VI Legislatura).....</i>	<i>196</i>
<i>c) Iniciativa Per Catalunya-Verds. Grupo Mixto (VII Legislatura)...</i>	<i>201</i>
<i>d) Esquerra Republicana de Catalunya. Grupo Mixto (VII Legislatura)</i>	<i>202</i>
<i>B) Despenalización de facto</i>	<i>203</i>
<i>a) Operadores jurídicos en favor del movimiento okupa</i>	<i>203</i>
<i>b) Colectivos de jueces en favor del movimiento okupa.....</i>	<i>205</i>
<i>c) Otras instituciones en favor del movimiento okupa: Defensor del Pueblo. Partidos políticos e indultos.....</i>	<i>206</i>
3.- Legislación Administrativa Especial	209
3.1.- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana (Derogada).....	212
3.2.- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana	212
3.3.-Vigilancia y protección de bienes inmuebles. Particularidades de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada	215
3.3.1.- LEY 5/2014, DE 4 DE ABRIL, DE SEGURIDAD PRIVADA.....	218

CAPÍTULO II.- PROBLEMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	225
1.- Bien jurídico	225
1.1.- Sentido político-criminal (<i>de lege ferenda</i>)	228
1.2.- Sentido dogmático (<i>de lege lata</i>).....	231
1.2.1.- FUNCIÓN SISTEMÁTICA	232
1.2.2.- FUNCIÓN DE GUÍA DE LA INTERPRETACIÓN	233
1.2.3.- FUNCIÓN DE CRITERIO DE MEDICIÓN DE LA PENA.....	233
1.3.- El bien jurídico en los delitos del Título XIII del Libro II del Código Penal. “<i>Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico</i>”	239
1.3.1.- TEORÍA SANCIONATORIA VS. TEORÍA AUTÓNOMA DEL DERECHO PENAL. MÉTODO EXEGÉTICO-EXPERIMENTAL	242
1.3.2.- PATRIMONIO O PROPIEDAD	244
1.3.3.- CONCEPTO DE PATRIMONIO	247
A) <i>Concepción jurídica</i>	248
B) <i>Concepción económica</i>	248
C) <i>Concepción mixta o económico-jurídica</i>	249
D) <i>Patrimonio como suma de elementos o como universalidad (universitas iuris)</i>	251
1.3.4.- CONCEPTO DE ORDEN SOCIOECONÓMICO	253
A) <i>Orden socioeconómico en sentido estricto u orden público económico</i>	255
B) <i>Orden socioeconómico en sentido amplio</i>	256
1.3.5.- CLASIFICACIÓN.....	257
1.4.- Bien jurídico en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles	263
1.4.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS	264
A) <i>Propiedad</i>	265
B) <i>Posesión</i>	267
a) <i>Posesión como hecho</i>	268
b) <i>Posesión como derecho</i>	268
c) <i>Derecho de posesión o ius possessionis vs. Derecho a poseer o ius possidendi</i>	269
d) <i>Fundamento de la posesión</i>	270

1.4.2.- PRIMERA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POSESIÓN CONTINUA, PERMANENTE Y ESTABLE EN EL TIEMPO, DERIVADA DEL DERECHO DE PROPIEDAD	274
A) <i>Consecuencias</i>	281
1.4.3.- SEGUNDA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POSESIÓN REAL, DE GOCE Y DISFRUTE EFECTIVO, SOCIALMENTE MANIFESTADA	282
A) <i>Consecuencias</i>	287
1.4.4.- TERCERA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PATRIMONIO INMOBILIARIO	289
A) <i>Consecuencias</i>	294
1.4.5.- CUARTA HIPÓTESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, PATRIMONIO INMOBILIARIO Y ORDEN PÚBLICO	295
A) <i>El Estado y el orden</i>	296
B) <i>Dificultades conceptuales</i>	302
C) <i>Concepto de orden público</i>	304
a) <i>Concepto formal, ideal, abstracto o en sentido amplio</i>	307
b) <i>Concepto material, concreto, restringido, o en sentido estricto</i>	309
c) <i>Orden público y Constitución</i>	312
D) <i>Distinción de figuras afines: seguridad pública y seguridad ciudadana. Nuevos modelos de seguridad ciudadana</i>	315
a) <i>Concepción unitaria</i>	318
b) <i>Integración de los conceptos</i>	319
c) <i>Nuevos modelos de seguridad ciudadana</i>	323
E) <i>Usurpación pacífica y orden público</i>	327
F) <i>Consecuencias</i>	340
1.4.6.- TESIS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PATRIMONIO INMOBILIARIO, ORDEN PÚBLICO, Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO.....	346

CAPÍTULO III.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TIPO OBJETIVO DE INJUSTO.....	367
1.- Sujetos de la conducta típica	368
1.1.- Sujeto activo	369
1.1.1.- TOMA DE POSTURA	374
1.1.2.- PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN E IDENTIFICACIÓN.....	375

1.2.- Sujeto pasivo.....	381
1.2.1.- DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES	384
1.2.2.- SUJETO PASIVO Y OCUPACIÓN PACÍFICA.....	387
<i>A) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad</i>	<i>388</i>
<i>B) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada.....</i>	<i>389</i>
<i>C) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario.....</i>	<i>390</i>
<i>D) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario y orden público</i>	<i>396</i>
<i>E) Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario, el orden público y la seguridad del tráfico.....</i>	<i>397</i>
1.2.3.- ¿UN USURPADOR PUEDE SER SUJETO PASIVO DEL DELITO?	400
1.2.4.- LA SELECCIÓN DEL SUJETO PASIVO POR EL MOVIMIENTO OKUPA	403
2.- Objeto material.....	405
2.1.- Distinción de figuras afines	406
2.1.1.- OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO	406
2.1.2.- OBJETO FORMAL Y OBJETO MATERIAL	406
2.1.3.- <i>CORPUS DELICTI</i> Y OBJETO MATERIAL	408
2.2.- Inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada	410
2.2.1.- TEORÍA SANCIONATORIA VS. TEORÍA AUTÓNOMA DEL DERECHO PENAL. MÉTODO EXEGÉTICO-EXPERIMENTAL	410
2.2.2.- ELEMENTOS DEL OBJETO MATERIAL	411
2.2.3.- PRIMER ELEMENTO POSITIVO DEL OBJETO MATERIAL: BIEN INMUEBLE. ¿SIRVE LA DEFINICIÓN DEL ARTÍCULO 334 DEL CÓDIGO CIVIL?	414
<i>A) Cosas vs. bienes</i>	<i>414</i>
<i>B) Artículo 334 del Código civil</i>	<i>415</i>
<i>C) Clasificación civilista de los inmuebles.....</i>	<i>419</i>
<i>D) Bien inmueble a efectos penales</i>	<i>420</i>
<i>E) Bienes inmuebles rústicos</i>	<i>423</i>

<i>F) Interpretación autónoma.....</i>	<i>424</i>
2.2.4.- VIVIENDAS Y EDIFICIOS. ¿PUEDE SER EL OBJETO MATERIAL UNA VIVIENDA QUE NO SEA INMUEBLE?	426
<i>A) Especies del género inmueble</i>	<i>426</i>
<i>B) Edificio</i>	<i>427</i>
<i>C) Vivienda</i>	<i>430</i>
<i>D) Bienes muebles que no constituyan morada.....</i>	<i>431</i>
<i>E) Toma de postura: Sólo bienes inmuebles.....</i>	<i>432</i>
2.2.5.- ¿SÓLO LOS INMUEBLES QUE NO ESTÉN EN ESTADO APARENTE DE ABANDONO? INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL OBJETO MATERIAL Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD	433
<i>A) Vías de exclusión del Derecho Penal.....</i>	<i>433</i>
<i>B) ¿Es necesaria la situación de abandono del inmueble para que haya intervención penal?.....</i>	<i>435</i>
<i>C) Ius usus innocui y función social de la propiedad.....</i>	<i>440</i>
<i>D) ¿Están tan abandonados los inmuebles como alega la defensa?....</i>	<i>442</i>
<i>E) No exigibilidad de habitabilidad.....</i>	<i>443</i>
<i>F) Principio de intervención mínima.....</i>	<i>447</i>
<i>G) El ius usus innocui y la función social de la propiedad no pueden ser soporte para la exclusión de la protección penal dada por el legislador en el art. 245.2 del Código Penal</i>	<i>457</i>
2.2.6.- SEGUNDO ELEMENTO POSITIVO DEL OBJETO MATERIAL: AJENIDAD DEL INMUEBLE, VIVIENDA, Y EDIFICIO	467
<i>A) Ajenidad a efectos penales</i>	<i>468</i>
<i>B) Bienes inmuebles: objetos idóneos de usurpación.....</i>	<i>471</i>
<i>C) Ajenidad como cuestión prejudicial.....</i>	<i>472</i>
2.2.7.- ¿SE APLICA A BIENES INMUEBLES QUE PERTENECEN AL ESTADO COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO O PATRIMONIAL?.....	477
2.2.8.- TERCER ELEMENTO DEL OBJETO MATERIAL. ELEMENTO NEGATIVO: QUE NO CONSTITUYA MORADA	494
<i>A) Objetos excluidos: la morada habitual.....</i>	<i>494</i>
<i>B) Interpretación a sensu contrario del concepto de morada, casa habitada y sus dependencias.....</i>	<i>499</i>
<i>a) Morada.....</i>	<i>500</i>

b) Casa habitada.....	505
c) Morada y casa habitada: ¿un mismo concepto?	506
d) Morada y casa habitada: ¿utilización permanente o meramente temporal?	507
e) Dependencias.....	513
C) Inmuebles aún no ocupados o ya abandonados	518
3.- Conducta típica: El artículo 245.2 del Código Penal	520
3.1.- Ausencia de violencia o intimidación	531
3.1.1.- TIPO PRIVILEGIADO: POSTURA DE BAUCELLS I LLADOS.....	540
3.1.2.- TIPO AUTÓNOMO O “SUI GENERIS”	542
3.1.3.- <i>VIS IN REBUS</i>	548
A) <i>Ni vis absoluta ni vis compulsiva</i>	548
B) <i>Ocupación subrepticia, clandestina, o con fuerza en las cosas</i>	550
C) <i>Coherencia interna del Ordenamiento Jurídico</i>	553
3.1.4.- VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN SOBREVENDIDA. ¿ARTÍCULO 245.1 Ó 245.2 DEL CÓDIGO PENAL?	555
A) <i>Artículo 245.1 del Código Penal</i>	555
B) <i>Artículo 245.2 del Código Penal</i>	559
C) <i>Toma de postura: Artículo 245.2 del Código Penal en concurso real</i>	563
3.2.- Ocupar sin autorización debida, o mantenerse contra la voluntad del titular	565
3.2.1.- ESTRUCTURA ANÁLOGA AL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA	568
3.2.2.- DISYUNTIVA ANÁLOGA A LA USURPACIÓN PROPIA	570
3.2.3.- OCUPACIÓN CIVIL VS. OCUPACIÓN PENAL	571
A) <i>Ocupación civil: modo de adquirir el dominio</i>	572
B) <i>Tratamiento jurídico de la cosa perdida, abandonada o sin dueño</i>	574
C) <i>Inmuebles: objetos no susceptibles de ocupación civil e imprescriptibles</i>	576
3.2.4.- OCUPAR: PRIMERA CONDUCTA ALTERNATIVA.....	579
A) <i>Ocupar y usurpar: conductas equivalentes</i>	579
a) <i>Diferentes posturas doctrinales</i>	586
➤ <i>Carácter permanente</i>	586
➤ <i>Necesariamente permanente</i>	589

➤ <i>Voluntad de permanencia</i>	594
➤ <i>Criterio cuantitativo y cualitativo de la permanencia</i>	604
➤ <i>Ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales</i>	610
➤ <i>Basta con entrada</i>	618
<i>B) Toma de postura: Usurpar y ocupar son conductas diferentes</i>	624
3.2.5.- MANTENERSE: SEGUNDA CONDUCTA ALTERNATIVA	631
<i>A) Significado de mantenerse</i>	636
<i>B) Omisión propia</i>	637
<i>C) Tipo mixto alternativo</i>	639
<i>D) Derogación del precepto vía interpretativa</i>	644
<i>E) Toma de postura: Interpretación restrictiva; ni extensiva ni derogatoria</i>	647
<i>F) Particular referencia al precario</i>	651
<i>G) Propuesta de lege ferenda de MAGRO SERVET</i>	660
3.2.6.- SIN AUTORIZACIÓN DEBIDA VS. CONTRA LA VOLUNTAD DEL TITULAR ...	662
<i>A) Ideas generales</i>	662
<i>B) El consentimiento del titular: causa de exclusión de la tipicidad</i> ...	663
<i>C) Sin autorización debida (ocupar)</i>	670
<i>a) Quién puede autorizar</i>	671
<i>b) Requisitos de la autorización</i>	673
<i>c) Ausencia de requisitos ad solemnitatem</i>	676
<i>d) Autorización ¿expresa o tácita?</i>	676
<i>e) La tolerancia no es autorización tácita</i>	681
<i>f) Orden de desalojo: requisito innecesario</i>	684
<i>D) Contra la voluntad del titular (mantenerse)</i>	690
<i>a) Diferencia entre actuar sin permiso o contra la voluntad</i>	690
<i>b) Voluntad contraria vs. Título jurídico habilitante</i>	694
<i>c) Manifestación en contra ¿expresa o tácita?</i>	700
<i>d) No necesidad de requerimiento</i>	703
3.2.7.- ¿DELITO DE RESULTADO O DE MERA ACTIVIDAD?.....	706
<i>A) Delito de resultado</i>	708
<i>B) Delito de actividad o mera conducta</i>	714
<i>C) Toma de postura</i>	716
3.2.8.- FORMAS DE COMISIÓN ACTIVAS Y EN COMISIÓN POR OMISIÓN: NO IMPEDIR LA OCUPACIÓN	718

A) <i>Obligaciones del arrendatario, usufructuario, usuario y habitacionista</i>	723
--	-----

CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DEL TIPO SUBJETIVO DE INJUSTO..... 727

1.- Introducción..... 727

2.- Dolo..... 736

2.1.- Ausencia de modalidad imprudente..... 738

2.2.- Ocupación pacífica: Ocupación necesariamente dolosa..... 740

2.2.1.- ¿VOLUNTAD DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD?..... 747

2.2.2.- DOLO SOBREVENIDO 749

2.2.3.- DOLO EVENTUAL 750

3.- Otros elementos subjetivos del tipo de injusto 752

3.1.- Ánimo de lucro 755

3.1.1.- CONCEPTO 755

3.1.2.- DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES 758

A) *Ánimo de lucro como finalidad trascendente a la acción*..... 759

B) *Ánimo de lucro como parte integrante del dolo*..... 761

C) *No necesidad de ánimo de lucro* 762

D) *Toma de postura* 764

3.2.- Otros ánimos específicos 766

3.2.1.- PARTICULARIDAD DE MAGRO SERVET 766

3.2.2.- VOLUNTAD DE PERMANENCIA 766

3.2.3.- VOLUNTAD DE MORAR EN EL INMUEBLE..... 767

4.- Error 768

4.1.- Ignorancia vs., error 770

4.2.- Los objetos del error 771

4.3.- El error sobre el tipo..... 773

4.3.1.- ERROR SOBRE EL TIPO DEL ARTÍCULO 245.2 DEL CÓDIGO PENAL 775

A) *Error sobre la existencia o alcance de la autorización* 776

B) *Error sobre la ajenidad del inmueble* 778

C) *El error debe ser probado por quien lo alega para que sea eficaz* . 780

D) *Precisiones conceptuales a los supuestos de error* 783

CAPÍTULO V.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	809
1.- Antijuridicidad	809
2.- Causas de justificación.....	813
2.1.- Legítima defensa	818
2.2.- Estado de necesidad	820
2.2.1.- REQUISITOS	827
2.2.2.- OBJECIONES.....	830
2.2.3.- EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA JURISPRUDENCIA MENOR	831
A) <i>Estado de necesidad justificante</i>	833
B) <i>Estado de necesidad como eximente incompleta</i>	838
C) <i>Estado de necesidad como atenuante analógica</i>	850
D) <i>No apreciación del estado de necesidad</i>	851
E) <i>Necesidad de prueba</i>	890
2.2.4.- ¿ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE O EXCULPANTE? TEORÍA UNITARIA O DE LA UNIDAD VS., TEORÍA DIFERENCIADORA O DE LA DIFERENCIACIÓN	905
2.3.- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo	911
2.3.1.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	912
2.3.2.- EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO.....	916
A) <i>“Derecho a la vivienda”: Naturaleza y efectos jurídicos.....</i>	917
B) <i>La ocupación pacífica ¿Una desobediencia civil justificada?</i>	921
C) <i>Las vías de hecho en la realización del “derecho a la vivienda” no son causa de justificación</i>	923
 CAPÍTULO VI.- CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCULPACIÓN	931
1.- Culpabilidad	931
2.- Error de prohibición	937
2.1.- Concepto	939
2.2.- Clases.....	941
2.2.1.- ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO	941
2.2.2.- EL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO	949
2.2.3.- VENCIBILIDAD O INVENCIBILIDAD DEL ERROR.....	954

CAPÍTULO VII.- PUNIBILIDAD, PENALIDAD, PERSEGUIBILIDAD Y PRESCRIPCIÓN.....	957
1.- Punibilidad.....	957
1.1.- Excusas absolutorias: Particular referencia al parentesco en los delitos patrimoniales no violentos	963
1.1.1.- ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL Y OCUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES	965
A) <i>Fundamento</i>	969
B) <i>Ámbito de aplicación</i>	970
a) <i>Ámbito de aplicación personal</i>	971
➤ <i>Cónyuges</i>	971
➤ <i>Ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado</i>	976
b) <i>Ámbito de aplicación real</i>	980
C) <i>Toma de postura</i>	982
2.- Penalidad.....	984
2.1.- Clasificación formal de los delitos: Por la magnitud de la pena.....	984
2.1.1.- DELITO LEVE VS. DELITO MENOS GRAVE	987
2.1.2.- DELITO GRAVE VS. DELITO MENOS GRAVE	988
2.2.- Clasificación legal de las penas	988
2.3.- La ocupación pacífica: Un delito leve por error del legislador.....	990
2.3.1.- CONSECUENCIAS	994
2.4.- Usurpación y pena de multa	996
2.4.1.- BENIGNIDAD DE LA PENA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD	998
2.4.2.- OTRAS JUSTIFICACIONES A LA PENA DE MULTA	1000
2.4.3.- CONCRECIÓN DE LA PENA	1000
2.4.4.- INSUFICIENCIA DE PENA	1004
3.- Perseguibilidad	1005
3.1.- Condiciones formales de imposición de pena	1005
3.1.1.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD O PROCEDIBILIDAD	1006
3.1.2.- INMUNIDADES Y EXENCIONES	1007
3.2.- Principio de oportunidad reglada.....	1008
3.2.1.- INOPERATIVIDAD DE LA CRISIS ANTICIPADA POR INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA	1015

ÍNDICE GENERAL

A) <i>En relación a los delitos leves de naturaleza patrimonial</i>	1015
B) <i>Particular referencia a la ocupación pacífica de bienes inmuebles</i>	1016
3.3.- Delito perseguible de oficio	1017
4.- Prescripción	1021
4.1.- Prescripción del delito	1025
4.1.1.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.....	1025
A) <i>Plazo de prescripción de tres años</i>	1026
B) <i>Plazo de prescripción de cinco años</i>	1027
C) <i>Plazo de prescripción de un año</i>	1027
4.1.2.- CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN	1027
4.1.3.- INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.....	1029
4.2.- Prescripción de la pena	1036
4.2.1.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.....	1038
A) <i>Plazo de prescripción de cinco años</i>	1039
B) <i>Plazo de prescripción de uno o cinco años</i>	1040
 CAPÍTULO VIII.- FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO	1041
1.- Iter criminis	1041
1.1.- Fase interna	1042
1.2.- Fase externa	1044
1.2.1.- CONSPIRACIÓN, PROPOSICIÓN Y PROVOCACIÓN: ACTOS PREPARATORIOS NO PUNIBLES EN LA USURPACIÓN IMPROPIA	1046
1.2.2.- TENTATIVA.....	1050
A) <i>Tentativa de ocupar: Primera conducta alternativa</i>	1059
B) <i>Tentativa de mantenerse: Segunda conducta alternativa</i>	1062
C) <i>La tentativa de ocupación en la Jurisprudencia menor</i>	1063
1.2.3.- CONSUMACIÓN	1072
1.2.4.- AGOTAMIENTO	1074
2.- Autoría y participación	1075
2.1.- Autoría y participación en la Jurisprudencia menor	1081
2.1.1.- AUTORÍA	1081
2.1.2.- COAUTORÍA	1082
2.1.3.- AUTORÍA MEDIATA	1084

2.1.4.- INDUCCIÓN	1086
2.1.5.- COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD	1087
3.- Problemática concursal en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles	1090
3.1.- Usurpación pacífica y restantes modalidades usurpatorias.....	1100
3.2.- Usurpación pacífica y concurso de leyes	1101
3.2.1.- ALLANAMIENTO DE MORADA	1101
3.2.2.- USURPACIÓN PROPIA O VIOLENTA	1107
3.2.3.- COACCIONES Y AMENAZAS	1114
3.2.4.- ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONA JURÍDICA PÚBLICA O PRIVADA, DESPACHO PROFESIONAL U OFICINA, ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O LOCAL ABIERTO AL PÚBLICO	1121
3.3.- Usurpación pacífica y concurso real	1125
3.3.1.- DAÑOS.....	1126
3.3.2.- ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA	1135
3.3.3.- DEFRAUDACIONES DE FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS	1139
3.3.4.- SALUD PÚBLICA	1140
3.3.5.- COACCIONES	1141
3.3.6.- ESTAFA INMOBILIARIA.....	1141
3.4.- Usurpación pacífica y concurso medial.....	1146
3.4.1.- FALSEDADES DOCUMENTALES	1146
3.4.2.- REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO	1150
3.5.- Usurpación pacífica y concurso ideal.....	1152
3.5.1.- DESOBEDIENCIA	1152
3.5.2.- COACCIONES	1155
3.5.3.- PREVARICACIÓN	1156
 CAPÍTULO IX.- VALORACIÓN CRIMINOLÓGICA Y POLÍTICO CRIMINAL	 1159
1.- Criminología de las ocupaciones.....	1160
1.1.- Okupación.....	1162
1.1.1.- SENTIDO GRAMATICAL	1162
A) <i>Okupa</i>	1163
B) <i>Okupar</i>	1163

1.1.2.- CONCEPTO SOCIOLÓGICO.....	1164
A) <i>Catalizadores del movimiento okupa</i>	1167
B) <i>Singularidades en la trayectoria del movimiento okupa</i>	1168
C) <i>Reconfiguraciones del movimiento okupa</i>	1169
D) <i>Movimiento urbano</i>	1170
E) <i>Relaciones con movimientos alter/anti globalización</i>	1172
1.1.3.- CONFIGURACIONES BÁSICAS DEL FENÓMENO OKUPA.....	1172
A) <i>Okupación debida a la pobreza (simple ocupación)</i>	1173
B) <i>Okupación como estrategia alternativa de vida</i>	1173
a) <i>Personas</i>	1173
b) <i>Tipo de inmuebles</i>	1174
c) <i>Marco cognitivo</i>	1174
d) <i>Demandas</i>	1175
e) <i>Patrones de organización y movilización</i>	1175
C) <i>Okupación para la creación de espacio social</i>	1175
D) <i>Okupación conservacionista</i>	1176
E) <i>Okupación política</i>	1177
a) <i>Movimiento 15M</i>	1178
1.1.4.- MOTIVACIONES DE LA OKUPACIÓN	1179
A) <i>Creación de nuevas relaciones sociales</i>	1184
B) <i>Reescritura de la historia</i>	1185
C) <i>Herramienta para la lucha</i>	1186
D) <i>Espacio para la subversión</i>	1187
E) <i>Reacción frente a la usura bancaria</i>	1188
F) <i>Instrumento para cambios sociales y políticos</i>	1188
G) <i>Camino para el triunfo político</i>	1188
H) <i>Creación de debate social</i>	1189
I) <i>Creación de nuevas condiciones sociales</i>	1191
J) <i>Herramienta de confrontación</i>	1192
1.2.- Ocupación: problema económico, no ideológico	1192
1.2.1.- PERSONAS SIN HOGAR.....	1193
1.3.- Un nuevo modelo de ocupación: Ocupaciones no conformes u	
ocupaciones negras.....	1197

1.4.- Evolución de las ocupaciones pacíficas de bienes inmuebles (2009-2014) a través de las Memorias de la Fiscalía General del Estado.....	1200
1.4.1.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2010	1200
A) <i>Diligencias Previas por delitos de usurpación</i>	1200
1.4.2.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2011	1201
A) <i>Diligencias Previas por delitos de usurpación</i>	1201
1.4.3.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2012	1201
A) <i>Diligencias Previas por delitos de usurpación</i>	1202
1.4.4.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2013	1202
A) <i>Causas incoadas/calificadas por delitos de usurpación</i>	1202
B) <i>Análisis de la Memoria</i>	1203
1.4.5.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2014	1203
A) <i>Evolución interanual de incoaciones (Previas + Urgentes) y calificaciones</i>	1204
B) <i>Distribución de las calificaciones por estos delitos en los distintos procedimientos</i>	1204
C) <i>Análisis de la Memoria</i>	1204
1.4.6.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2015	1205
A) <i>Evolución interanual de incoaciones (Previas + Urgentes) y calificaciones</i>	1205
B) <i>Distribución de las calificaciones por estos delitos en los distintos procedimientos</i>	1205
C) <i>Análisis de la Memoria</i>	1206
1.4.7.- PRECISIONES A LOS DATOS ESTADÍSTICOS.....	1207
2.- Consideraciones de política criminal.....	1209
2.1.- Diversos planteamientos de política criminal en el entorno europeo..	1209
2.1.1.- INGLATERRA.....	1211
2.1.2.- HOLANDA	1217
2.1.3.- FRANCIA	1222
2.1.4.- ALEMANIA.....	1227
2.2.- Mínima intervención del Derecho Penal: ¿ilícito civil? o ¿ilícito administrativo?.....	1235
2.2.1.- PERTURBACIÓN ILEGÍTIMA DE LA POSESIÓN INMUEBLE. ¿ILÍCITO CIVIL?	
.....	1237

A) Asimilación del okupa al precarista	1239
B) Protección civil a través del Registro de la Propiedad (acción real registral del artículo 41 LH).....	1241
C) Relaciones jurídico-reales no inscritas o no inscribibles (acciones posesorias y petitorias).....	1241
2.2.2.- SEGURIDAD CIUDADANA. ¿ILÍCITO ADMINISTRATIVO?	1246
A) Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana. (Derogada)	1246
B) Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.....	1247
a) El Anteproyecto de Ley Orgánica	1247
b) El Proyecto de Ley Orgánica	1250
c) Tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados	1251
➤ Enmienda núm. 37, de la Sra. Pérez Fernández (GMx).....	1252
➤ Enmienda núm. 221, del G.P. Unión Progreso y Democracia..	1252
➤ Enmienda núm. 160, del G.P. Socialista	1252
➤ Enmienda núm. 78, del G.P. Vasco (EAJ-PNV).....	1253
➤ Enmienda núm. 180, del G.P. Popular.....	1253
d) Tramitación parlamentaria en el Senado.....	1254
➤ Enmienda núm. 87, del Grupo Parlamentario Socialista (GPS)	1255
➤ Enmienda núm. 166, del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC)	1256
➤ Enmienda núm. 133, del Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (EAJ-PNV) (GPV).....	1256
e) Redacción definitiva	1257
2.2.3.- OCUPACIÓN ¿ILÍCITO ADMINISTRATIVO O PENAL?	1258
A) Diferenciación por razón del objeto material.....	1266
a) Inmuebles que no constituyan morada	1267
b) Inmuebles que constituyan morada.....	1268
B) Diferenciación por razón de la conducta.....	1271
2.3.- Propuestas de lege ferenda	1278
CONCLUSIONES	1285

BIBLIOGRAFÍA	1317
 ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA	 1437
1.- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	1437
2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	1437
2.1.- Sentencias Pleno	1437
2.2.- Sentencias Sala Primera	1439
2.3.- Sentencias Sala Segunda	1439
2.4.- Autos.....	1440
3.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo	1440
3.1.- Sala Primera	1440
3.2.- Sala Segunda	1441
3.3.- Sala Tercera (Contencioso-administrativo).....	1450
4.- Jurisprudencia <i>menor</i> , Tribunales Superiores de Justicia	1450
5.- Jurisprudencia <i>menor</i> , Audiencias Provinciales	1450
5.1.- Sentencias.....	1450
5.2.- Autos.....	1515
6.- Juzgados de lo Penal	1520
 ANEXO 2.- RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO	 1521
1.- Resoluciones de la DGRN. Registro Mercantil.....	1521
2.- Resoluciones de la DGRN. Registro de la Propiedad.....	1521
 ANEXO 3.- FUENTES DE DERECHO HISTÓRICO Y TRABAJOS LEGISLATIVOS.....	 1523
1.- Fuentes de Derecho Histórico.....	1523
2.- Trabajos legislativos.....	1523
2.1.- Código Penal.....	1523
2.2.- Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana	1525
2.3.- Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito.....	1525
2.4.- Ley de Seguridad Privada	1525

ANEXO 4.- CIRCULARES, INSTRUCCIONES, CONSULTAS Y NOTAS DE SERVICIO DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y DE LAS FISCALÍAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	1527
1.- Circulares FGE.....	1527
2.- Instrucciones.....	1527
3.- Consultas.....	1527
4.- Notas de servicio.....	1528
 ANEXO 5.- INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y DEL CONSEJO FISCAL	1529
1.- Informes del CGPJ.....	1529
1.1.- Votos particulares	1529
2.- Informes del Consejo Fiscal	1530
 ANEXO 6.- ACUEDOS DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS ADOPTADOS EN PLENOS NO JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y AUDIENCIAS PROVINCIALES	1531
1.- Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del TS.....	1531
2.- Acuerdos AP	1532
 ANEXO 7.- ENLACES WEB	1533
1.- Recursos electrónicos relacionados con la ocupación de bienes inmuebles ...	1533
2.- Legislación comparada	1535
3.- Otros recursos electrónicos	1535
 ANEXO 8.- DICCIONARIOS.....	1537
 RESUMEN	1539
1.- Introducción-Objetivos.....	1539
2.- Metodología	1541
3.- Conclusiones-Resultados	1542
 ABSTRACT	1543
1.- Foreword-Objectives.....	1543

2.- Methodology	1545
3.- Conclusions-Results	1546
SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA.....	1547

CAPÍTULO V.- ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

SUMARIO: ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN 1.- Antijuridicidad 2.- Causas de justificación 2.1.- Legítima defensa 2.2.- Estado de necesidad 2.2.1.- REQUISITOS 2.2.2.- OBJECIONES 2.2.3.- EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA JURISPRUDENCIA MENOR A) *Estado de necesidad justificante* B) *Estado de necesidad como eximente incompleta* C) *Estado de necesidad como atenuante analógica* D) *No apreciación del estado de necesidad* E) *Necesidad de prueba* 2.2.4.- ¿ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE O EXCULPANTE? TEORÍA UNITARIA O DE LA UNIDAD VS., TEORÍA DIFERENCIADORA O DE LA DIFERENCIACIÓN 2.3.- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo 2.3.1.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER 2.3.2.- EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO A) *“Derecho a la vivienda”:* *Naturaleza y efectos jurídicos* B) *La ocupación pacífica ¿Una desobediencia civil justificada?* C) *Las vías de hecho en la realización del “derecho a la vivienda” no son causa de justificación*

1.- Antijuridicidad

Afirmada la tipicidad de una conducta humana, el siguiente paso en orden a considerar si la misma puede generar responsabilidad penal, es la determinación de la *antijuridicidad*. Para ser delictiva la acción típica ha de ser además, antijurídica (y luego culpable y punible). La antijuridicidad es, pues, un elemento esencial del concepto de delito que indica la contrariedad u oposición a la norma jurídica. Es la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito. Se trata, pues de un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del Ordenamiento jurídico⁸⁶⁹.

Al expresar la antijuridicidad la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del Ordenamiento jurídico, no es un concepto específico del Derecho penal, sino un concepto unitario, válido para todo el Ordenamiento jurídico, que aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo implica que lo que es antijurídico en una rama del Derecho lo es también para las restantes ramas⁸⁷⁰.

⁸⁶⁹ Cfr., RODRÍGUEZ DE VESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 403-404.

⁸⁷⁰ “Para que una acción pueda constituir delito debe ser, además de típica antijurídica. La antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*) expresa una relación de contrariedad de la acción con el Derecho. Es, por tanto, un

Se ha vinculado el carácter unitario de la antijuridicidad con la teoría de la unidad del ordenamiento jurídico. Esta teoría exige que si una conducta es aceptada dentro de uno de los sectores vectoriales del ordenamiento, ha de ser considerada aceptada por todo el ordenamiento jurídico en su conjunto⁸⁷¹.

El Derecho penal no crea la antijuridicidad sino que se limita a seleccionar por medio de la tipicidad aquellos comportamientos que constituyen los ataques más graves e intolerables para los bienes jurídicos más importantes. Así la realización de un hecho típico genera la sospecha, el indicio, de que ese hecho es también antijurídico (*función indiciaria de la tipicidad*). Esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una *causa de justificación* excluyente de la antijuridicidad⁸⁷².

Si no concurre ninguna de las causas de justificación, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico. La función del juicio de antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación⁸⁷³.

predicado. En cambio, el término injusto (*Unrecht*), que a veces se utiliza como sinónimo, expresa la acción a la que se ha atribuido ya la característica de la antijuridicidad. Mientras la antijuridicidad es un adjetivo que se predica de la acción, injusto es la acción misma que se ha valorado como antijurídica. Es, por tanto, el sustantivo del que se ha predicado el atributo de la antijuridicidad. En la medida en que la acción contradice la norma jurídica, se habla de *antijuridicidad formal*. Ahora bien, como sabemos, las normas jurídico-penales establecen sus prohibiciones y sus mandatos para proteger los bienes jurídicos. En la medida en que la acción aparece como una ofensa (lesión o puesta en peligro) de los bienes protegidos por las normas jurídicas, se habla de *antijuridicidad material*. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material no son sino dos aspectos de un mismo fenómeno. La acción es antijurídica porque contradice una norma jurídica (antijuridicidad formal) y porque, en tanto la contradice, lesiona o pone en peligro los bienes protegidos por la norma (antijuridicidad material)". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 321. "El contenido material de la antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (*desvalor de resultado*) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el Ordenamiento jurídico (*desvalor de la acción*)". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 303.

⁸⁷¹ Cfr., ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*. Ed. Akal, 2ª edición anotada y puesta al día por JOSÉ JULIÁN HERNÁNDEZ GUIJARRO Y LUIS BENEYTES MERINO. Madrid, 1986. Págs., 200-201.

⁸⁷² Cfr., CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Tomo I (Parte General). Volumen primero*. Ed. Bosch, 18ª edición. Revisado y puesto al día por CESAR CAMARGO HERNÁNDEZ. Barcelona, 1980. Págs., 365-367.

⁸⁷³ "Un hecho será antijurídico cuando se halle previsto y penado por la ley, es decir, cuando sea típico y no concurren causas de justificación. Si la ley no conmina su ejecución con una pena (ausencia de tipicidad), no hay hecho antijurídico, ni por tanto delito... Tampoco existe antijuridicidad cuando

Aunque partimos de la idea de que tipicidad y antijuridicidad son dos categorías distintas del delito, hay autores que reducen los elementos del delito a la antijuridicidad y a la culpabilidad, bien considerando inseparables a la antijuridicidad y a la tipicidad, o bien a través de la llamada teoría de los elementos negativos del tipo⁸⁷⁴. Esta teoría entiende que la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad y dice, esquemáticamente, que el tipo contiene elementos positivos, pero también elementos negativos o causas de justificación, por lo que considerado en su conjunto, como tipo total, comprende la antijuridicidad. En otras palabras, en el tipo deben considerarse incluidas la descripción de la conducta prohibida y la prevención de que no se den causas de justificación. Contra esta teoría reaccionan⁸⁷⁵ quienes estiman que una cosa es realizar una conducta prohibida y otra distinta es realizar una conducta antijurídica justificada, siendo la tipicidad mera *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad (indicio de antijuridicidad)⁸⁷⁶.

hallándose el hecho previsto por la ley como delito concurre alguna causa de justificación... Por consiguiente con arreglo a nuestro Derecho penal positivo podrá afirmarse que no todo hecho que la ley define como delito es antijurídico, pero ningún hecho será antijurídico si no está penado por la ley". CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Tomo I (Parte General). Volumen primero...* Op. cit., Pág., 369.

⁸⁷⁴ "Sin perjuicio de que existan claros precedentes en la obra de otros autores (Merkel, Frank), puede decirse que la teoría de los elementos negativos fue formulada por primera vez de modo coherente... por Baumgarten en 1913, en su estudio *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, "La estructura de la teoría del delito"... Representantes... de la teoría de los elementos negativos del tipo... en la doctrina alemana... [son] Engisch, Von Weber, Lang-Hinrichsen, Schröder, Stratenwerth, Arthur Kaufmann". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 249-250.

⁸⁷⁵ "En la Ciencia del Derecho Penal española la teoría de los elementos negativos del tipo ha hallado una cierta acogida; en favor de la misma se han manifestado... Gimbernat... D. M. Luzón Peña... Santiago Mir Puig... Rodríguez Devesa... Serrano Gómez... Se han manifestado en contra Rodríguez Muñoz... Córdoba Roda... Jiménez de Asúa... Rodríguez Mourullo, M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón... Enrique Bacigalupo... José Miguel Zugaldía Espinar... J. A. Sainz Cantero... J. Bustos Ramírez-H. Hormazábal Malarée". CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen)... Op. cit., Págs., 93-94. "En nuestro país se mostró partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo el Magistrado del Tribunal Supremo. B. F. Castro Pérez... Con posterioridad, se muestra también partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo J. M^a. Rodríguez Devesa... Por su parte J. Cerezo... estima que la doctrina de los elementos negativos del tipo no es viable ante nuestro Código penal". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 249.

⁸⁷⁶ Cfr., MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8^a edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 252-255 y 299-300; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 247-253; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 247-253; RODRÍGUEZ DEVESEA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 403-422; CERESO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 83-86; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 157-181; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 257-260. "Para ser delictiva la acción típica ha de ser, además, antijurídica. La antijuridicidad es un elemento esencial del concepto de delito que indica la contrariedad u oposición a la norma jurídica. Para saber si una conducta es adecuada a Derecho o contraria a él, es preciso efectuar un juicio valorativo de adecuación: si la acción respeta los principios

jurídicos en materia penal, es perfectamente tolerada; en cambio, si infringe algún principio normativo es antijurídica. Toda conducta es adecuada a Derecho o contraria a él, como se es o no casado. No cabe una tercera posición intermedia: *tertium non datur*. Si respeta el Derecho, es una acción jurídicamente aceptada; si infringe el Derecho, es una acción antijurídica. A veces la antijuridicidad se designa de manera negativa: es antijurídica la conducta no amparada por una causa de justificación. La Doctrina equipara a veces los términos antijuridicidad e injusto, incorrectamente, pues se trata de conceptos diferentes. Entre ellos existen varias diferencias evidentes: ante todo el injusto es una acción, es decir, algo substancial; la antijuridicidad es una característica de la acción, esto es, algo adjetivo; además, la antijuridicidad es una; injusto hay muchos, en relación con cada sector del ordenamiento jurídico". POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 135. "Frente al entendimiento del tipo como simplemente indiciario o *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, que sigue siendo mayoritario, otras posiciones entienden de modo distinto la relación tipo-antijuridicidad, concretamente sosteniendo que si hay tipo, también hay ya antijuridicidad, y que el tipo por tanto es la *ratio essendi* (la razón de ser) de la antijuridicidad, o sea que el tipo supone la existencia de la misma; por eso, en vez de acción típica y antijurídica debe hablarse de acción "típicamente antijurídica": no toda conducta antijurídica es típica, pues puede ser un ilícito extrapenal y para que haya injusto penal tiene que estar legalmente tipificado, pero todo hecho típico es simultáneamente antijurídico. Esto se ha definido con dos fundamentaciones distintas y de distinto alcance. Por una parte, afirmando que ya el tipo legal supone y fundamenta la antijuridicidad porque la acción típica afecta a bienes jurídicamente protegidos; si luego concurre alguna causa de justificación, ésta anula o suprime la antijuridicidad ya creada y fundamentada en el tipo. La otra fundamentación es la teoría de los elementos negativos del tipo, defendida ya por A. Merkel en 1889 y por Frank y Radbruch en los años treinta del siglo XX y que, aunque sea minoritaria, es a mi juicio correcta". LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 160. "Se habla de teoría de los elementos negativos del tipo para referirse a aquella doctrina que entiende que las causas de justificación forman parte integrante del tipo, como características negativas del mismo". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 247. "Cuando en la doctrina se habla de "elementos negativos del tipo" se hace referencia a una determinada concepción de éste que incluye en él no sólo las circunstancias que fundamentan el injusto, sino también las que lo excluyen esto es, las causas de justificación. La concepción de las causa de justificación como elementos negativos del tipo, que toma como eje de la dogmática penal el que ha sido denominado "tipo total de injusto", tiene una nada despreciable historia". COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 452. "El finalismo ha regresado a un concepto de tipo próximo al ideado por Beling: el tipo como mero indicio (*ratio cognoscendi*) de la antijuridicidad, que no solo puede desvirtuarse por la concurrencia de causas de justificación (no toda acción típica es antijurídica), sino que tiene un significado independiente de la antijuridicidad. De ahí que vuelva a preferir la separación de las notas de tipicidad y antijuridicidad en la definición de delito, que vuelve al modelo "tripartito" y abandona el "bipartito": "acción típica, antijurídica y culpable"... [Frente a ello] la teoría de los elementos negativos del tipo... [para la que] la tipicidad implica siempre la antijuridicidad, viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad. Según esto el tipo consta de dos partes: *parte positiva* y *parte negativa* (o tipo positivo y tipo negativo). La parte positiva equivale al tipo en sentido tradicional, esto es, conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto. La parte negativa añade la exigencia de que no concurren causas de justificación... La tipicidad no es un elemento independiente de la antijuridicidad penal, sino precisamente uno de sus requisitos junto con la de ausencia de causas de justificación. De ello se sigue que la tipicidad no es solo "indicio" ni mera "*ratio cognoscendi*" de la antijuridicidad penal, sino presupuesto de la existencia (*ratio essendi*) de la misma. Ello no obsta a que el requisito de la tipicidad (como parte positiva del supuesto de hecho penalmente antijurídico) no baste para la antijuridicidad, que requiere además la ausencia de causas de justificación (como parte negativa del supuesto de hecho antijurídico). La tipicidad es, pues, *ratio essendi* necesaria pero no suficiente de la antijuridicidad penal. Del mismo modo que no todo hecho antijurídico es penalmente típico, no todo hecho penalmente típico es antijurídico". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 156-158. "Desde un punto de vista práctico, las repercusiones de la teoría [de los elementos negativos del tipo] se centran en el ámbito del error: en efecto, si las causas de justificación se entienden como elementos negativos del tipo, entonces el error a cerca de sus presupuestos habrá de considerarse error sobre el tipo, mientras que en otro caso sería error sobre la prohibición. Que esta consecuencia sea o no relevante depende de que la regulación del error asigne un tratamiento distinto o idéntico a ambas modalidades". COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 452. "No me parece viable en nuestro Código la doctrina de los elementos negativos del tipo. De acuerdo con esta doctrina, si concurre una causa de justificación, queda excluida no sólo la antijuridicidad, sino también la tipicidad (tipo de lo injusto) de la conducta. Si

2.- Causas de justificación

El Ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido. La existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, en la medida en que el tipo constituye o describe la materia de prohibición. En ocasiones, el legislador permite ese hecho típico en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejen. En estos casos el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una *causa de justificación*. Faltará entonces la antijuridicidad de la conducta y desaparecerá la posibilidad de considerar que la misma constituya delito⁸⁷⁷.

La función indiciaria del tipo, afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, “permite operar con el sistema regla-excepción a la hora de comprobar la existencia de antijuridicidad. La acción típica es también antijurídica (regla) salvo que concurra una causa de justificación (excepción). En virtud de este sistema la averiguación de la antijuridicidad resulta en la práctica invertida. Afirmada la tipicidad de la acción, el análisis debe centrarse en comprobar la ausencia de causas de justificación”. Así pues, en palabras de

el autor cree que concurren las circunstancias que sirven de base a una causa justificación, queda excluido el dolo. En nuestro Código, en cambio... si el autor cree erróneamente que se dan todas las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, cuando en realidad falta alguna de ellas no esencial, no queda excluida la responsabilidad dolosa”. CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho Penal... Op. cit.*, Págs., 85-86. “La teoría de los elementos del tipo provoca una identificación poco deseable entre tipicidad y antijuridicidad. Para ella tiene el mismo valor la tipicidad, por la inexistencia de una característica típica, que la exclusión de la antijuridicidad, por la presencia de una causa de justificación. En la medida en que las causas de justificación son elementos (negativos) del tipo, su presencia desplaza la tipicidad. Para la teoría de los elementos negativos del tipo, según el ejemplo límite de Welzel, tiene el mismo valor matar a una mosca (conducta atípica en relación con el artículo 407 [art. 138 CP 1995], que requiere matar a otro) que matar a otro hombre en legítima defensa (conducta atípica, según la citada teoría, por concurrir una causa de justificación). Tanto desde el punto de vista material como procesal, la relevancia jurídica de ambas conductas es notablemente diversa. En verdad, no es lo mismo realizar una conducta atípica (matar a una mosca) que ejecutar una acción típica amparándose en una causa de justificación (muerte de otro hombre en legítima defensa)”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 251.

⁸⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 309.

MIR PUIG “la comprobación última de la antijuridicidad de una conducta tiene carácter negativo”⁸⁷⁸.

Del catálogo de eximentes de la responsabilidad criminal que contiene el artículo 20 del Código Penal tienen el carácter de justificación la *legítima defensa* (art. 20.4º), el *estado de necesidad* (art. 20.5º), y el *cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho* (art. 20.7º). También tienen efecto justificante el *consentimiento* de la víctima cuando se atacan bienes jurídicos de los que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por el consentimiento⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 343; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 427. “La circunstancia de que, en el caso concreto, una acción sea típica (es decir, coincida con la descrita en el tipo legal de injusto), es un *indicio* de que, por ello mismo, es también antijurídica. Indicio de antijuridicidad que únicamente se elimina si se comprueba la existencia de una causa de justificación. En virtud de este sistema de regla-excepción, en la práctica la investigación de la antijuridicidad aparece invertida. Una vez probada la tipicidad de la acción, el juez no procederá a una investigación positiva de la antijuridicidad, sino a comprobar la ausencia de causas de justificación. Como toda acción típica es también antijurídica (regla), salvo que concurra una causa de justificación (excepción), probadas la tipicidad y la ausencia de causas de justificación, puede darse por afirmada la antijuridicidad”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 261-262.

⁸⁷⁹ Cfr., MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 310-311; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 502-508; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 185-188; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Págs., 145-146; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. I.- Sistema de causas de justificación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 167-172; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 427-438; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 314-316; CARBONELL MATEU, J.C.: << El sistema de justificación en el art. 20 CP 1995 >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 27. El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal. Año 1996. Págs., 1-12. “Según la teoría de la adecuación social, las acciones que permanecen plenamente dentro de los límites del orden ético-social, históricamente condicionado, de la vida de la comunidad, no deben considerarse típicas aunque formalmente coincidan con las descritas en los tipos penales y su ejecución vaya unida a la creación de riesgos (explotación industrial de un reactor atómico, práctica de deportes violentos, uso de automóviles, barcos, trenes, aviones). El criterio de la adecuación social todavía no ha encontrado su definitiva sede ni siquiera en el pensamiento de quienes lo utilizan. Se discute si debe emplearse como criterio para excluir la tipicidad o para desplazar la antijuridicidad de ciertas conductas típicas”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 262. “Quien admita que el tipo cumple la función de seleccionar los comportamientos *penalmente relevantes por su especial gravedad*, podrá entender que el tipo debe limitarse a describir lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos de cierta importancia tanto por el valor del bien lesionado o por la proximidad de su puesta en peligro, como por la forma en que se efectúan. Ello permitirá entender que las actividades socialmente adecuadas *no realizan ningún tipo* por razón de su escasa gravedad”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 530. “Es preciso... distinguir justificación de inculpabilidad... Inculpable es el hecho que no puede reprocharse jurídicamente a su autor, aun cuando deba de conceptuarse como desvalorizado [por ejemplo, el niño que asesina a un compañero de clase, es inculpable por razón de su minoría de edad]. Justificado está, por el contrario, solamente el hecho que, en una valoración global, ha de ser conceptuado como jurídicamente correcto. En el hecho justificado el momento de desvalor queda excluido; en el hecho inculpable no”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 458. “De esta distinción se derivan consecuencias de

orden práctico indudables, aunque ambas dos categorías den lugar a la impunidad del que actúa inculpablemente y también del que actúa, con mayor razón, conforme a Derecho. Sin embargo, por ejemplo, un hecho inculpable pero antijurídico, es un hecho frente al cual cabe la legítima defensa por ser o constituir sin duda, una agresión ilegítima. Si el hecho está justificado jamás constituirá una agresión ilegítima y frente a él no cabrá ninguna legítima defensa. De otro lado, la participación en un hecho justificado determina la irrelevancia penal de aquellos comportamientos encaminados a realizar dicho comportamiento justificado. No es ésta la solución para todos aquellos supuestos de participación consciente en un hecho simplemente inculpable puesto que aquí, la ausencia de reproche penal opera *intuitu personae*, esto es, como causa personal de inculpabilidad. Y la misma consecuencia debe extraerse cuando se trata de determinar el régimen de responsabilidad civil derivada de un hecho inculpable y cuando se niega la responsabilidad civil derivada de un hecho justificado... La justificación... [determina] el derecho a realizar el hecho típico y la obligación por parte de la comunidad de soportarlo. Del comportamiento inculpable, no cabe decir lo mismo, esto es, no surge para él un derecho, sino que dicho comportamiento siempre será injusto y la comunidad podrá y deberá impedir su realización al margen de que personalmente no quepa formular respecto de su autor un juicio de reproche". SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 122-123. Dispone el artículo 20 del Código Penal: "Artículo 20.- Están exentos de responsabilidad criminal: 1º.- El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2º.- El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3º.- El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. 4º.- *El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor. 5º.- El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. 6º.- El que obre impulsado por miedo insuperable. 7º.- El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.* En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código". "Contiene el artículo 20 una enumeración, sin criterio sistemático alguno, de las que, en la rúbrica del capítulo, con mayor precisión técnica que el Código precedente, que se refería a "circunstancias", denomina "De las causas que eximen de la responsabilidad criminal", en que, aparte de la minoría de edad, llevada al artículo anterior, ha prescindido de la fuerza irresistible y la obediencia debida". LUZÓN CUESTA, J.Mª.: << Libro I. Título I.- De la infracción penal. Artículo 20 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Pág., 55. No es posible hablar de ocupación justificada en el supuesto de apoderamiento patrimonial consentido de bienes inmuebles, pues, faltando la oposición desaparece toda lesividad de la conducta. En tales supuestos, como ya expusimos, el consentimiento no tendrá un efecto justificante sino que será causa de exclusión de la tipicidad. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2006, nº 465/2006, rec. 266/2006, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2006/399542): "En el Derecho Penal Español, uno de los elementos que configuran el delito es la tipicidad, pues sólo es delito la acción u omisión que sea penalmente típica, es decir, que esté descrita como delito en la Ley Penal (arts. 1.1 y 10 del Código Penal). Por lo tanto, la conducta descrita por la Ley Penal como delito es, en principio, una conducta antijurídica, pues la tipicidad penal de la conducta supone que dicha conducta ha infringido la prohibición legal de ejecutarla o ha infringido el mandato legal de ejecutarla, según los casos; siendo, por lo tanto, la tipicidad penal indicio de la antijuridicidad penal de la conducta, que es otro de los elementos del delito; y ello es así por cuanto que el Legislador tipifica como delito conductas que

Resultan de aplicación a este delito a juicio de MESTRE DELGADO, si se dan sus propios requisitos, todas las eximentes previstas en el artículo 20 del Código Penal y, además, en la ocupación pacífica al no concurrir la violencia o la intimidación como medios de comisión del ilícito, también la exención personal de pena establecida en el artículo 268 para quienes cometan esta infracción contra cualquiera de las personas de su entorno familiar allí enumeradas⁸⁸⁰.

lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, de forma que al ejecutar la conducta penalmente típica, haciendo el autor de dicha conducta lo que el Derecho prohíbe que se haga o no haciendo lo que el Derecho manda que se haga, se lesiona o pone el peligro el bien jurídico que el Legislador trata de proteger con la tipificación penal de la conducta. Ahora bien, puede ocurrir que una conducta penalmente típica no sea antijurídica, lo que sucederá cuando la conducta penalmente típica aparezca jurídicamente legitimada por una causa de justificación, como podrían ser la legítima defensa, el estado de necesidad cuando el mal causado sea de menor valor que el mal que se trata de evitar, el obrar en cumplimiento de un deber, el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o el consentimiento del ofendido en los casos legalmente previstos, pues la concurrencia de una causa de justificación convierte en lícita la conducta penalmente típica, ya que dicha causa de justificación viene a legitimar jurídicamente la ejecución de la conducta tipificada penalmente en abstracto por el Legislador. Por otro lado, la ausencia del desvalor del resultado, propia de la tentativa de delito, ausencia precisamente derivada de no producirse el resultado finalísticamente perseguido por el autor de la conducta penalmente típica, no determina la licitud de la conducta, pues el Derecho, en relación con los delitos de resultado, no prohíbe en sentido estricto la producción del resultado previsto en el tipo penal, sino que prohíbe la realización de la acción dirigida a la producción del resultado típico; y prueba de ello es la punición en el Derecho Penal Español de la tentativa de delito. Los fundamentos jurídicos que se acaban de exponer en los dos anteriores párrafos vienen al caso por cuanto este Tribunal de apelación considera que los hechos que se describen en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida son constitutivos del delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2 del Código, si bien dicho delito aparece ejecutado en el grado de tentativa del art. 16.1 del Código Penal”.

⁸⁸⁰ MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 346. “Con la constatación de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad se puede decir que existe un delito con todos sus elementos. En algunos casos se exige, sin embargo, para poder castigar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad, ni en la antijuridicidad, ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político criminal que tienen asignadas estas categorías... Si se busca un nombre para denominar esta sede sistemática en la que puedan incluirse tales elementos... [se emplea]... el de “penalidad”, que otros llaman “punibilidad”, “merecimiento”, o “necesidad de pena”. La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitaristas, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos. En la penalidad existen causas que la fundamentan... y causas que la excluyen”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 399-400. “Se trata de una característica muy discutida que agruparía a ciertas condiciones *positivas* (“condiciones objetivas de punibilidad”) o *negativas* (“causas personales de exclusión de la pena”, “excusas absolutorias”) que en unos pocos casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse y que se añadirían a la necesidad de antijuridicidad y culpabilidad... Su ausencia (si son positivas) o su concurrencia (si son negativas) no impediría la antijuridicidad ni la culpabilidad... sino sólo la conveniencia *político-criminal* de la pena por *otras razones* ajenas a la gravedad de la infracción (y, a veces, hasta al hecho mismo) o que nada tienen que ver con la posibilidad de culpar de ella al autor, como razones de oportunidad, políticas, etc.”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 142. El artículo 268 recoge la tradicional excusa absolutoria entre parientes en los delitos contra la propiedad, en los siguientes términos: “1.- Están

exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. 2.- Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”. “La *razón de ser* de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 CP vigente, equivalente al art. 564 del anterior CP se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268, porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema *per se* dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible conciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última *ratio*, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluyan los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos, como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y la seguridad”. ORTIZ ÚRCULO, J.C.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico. Artículo 268 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Págs., 898-899. Los Acuerdos no jurisdiccionales de unificación de criterios del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en relación al artículo 268 del Código Penal han dispuesto que no es necesaria la convivencia entre hermanos para su aplicación y que aunque el Código Penal exige el vínculo matrimonial como presupuesto normativo, cabe su aplicación a las relaciones no matrimoniales. Acuerdo de 15-12-2000: “No se exige la convivencia entre hermanos, para la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal”. Acuerdo de 1-03-2005: “Primer Asunto: Posible aplicación de excusa absolutoria en delitos patrimoniales a personas unidas por una relación de afectividad semejante al matrimonio. Acuerdo: A los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”. *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013*. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Págs., 14 y 24. “En cuanto a la *naturaleza jurídica* de esta excusa, la mayoría de la doctrina sostiene que se trata de una verdadera excusa absolutoria, que afecta a la punibilidad del delito. Por lo que se refiere a su *ámbito objetivo de aplicación*, éste se circunscribe, por expresa indicación legal, a los delitos patrimoniales en los que no concurra violencia o intimidación. Estos delitos son: el hurto, el robo con fuerza en las cosas, el robo y hurto de uso de vehículos de motor, las usurpaciones de derechos reales o bienes inmuebles no violentas (menos la del CP art. 245.1), la estafa, la apropiación indebida, las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, las insolvencias punibles y los daños (salvo los del CP art. 265), así como las correspondientes faltas [delitos leves desde la reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo] de cada figura enumerada, de existir. Por el contrario, no parece que deban comprenderse dentro del ámbito de las excusas absolutorias otros delitos patrimoniales de alcance más supraindividual, como la alteración de precios en concursos y subastas públicas, al afectarse un interés más próximo a los intereses protegidos en los delitos propiamente dichos “contra el orden socioeconómico” y no puramente patrimoniales, salvo quizá en los casos en que la conducta sólo tenga efectos en empresas familiares propias de los parientes enumerados en el CP art. 268. Por la misma razón, no parece que dicha excusa debiera ser aplicada en los daños con resultado de peligro para la vida o integridad de las personas del CP art. 266”. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 13ª.- Disposiciones comunes a los delitos patrimoniales >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 1055.

2.1.- Legítima defensa

Legítima defensa es aquella que es necesaria para impedir, repeler o rechazar, una agresión o ataque injusto y actual contra la persona o bienes de quien se defiende o de un tercero⁸⁸¹.

⁸⁸¹ Dispone el artículo 20.4º del Código Penal: “Artículo 20.- Están exentos de responsabilidad criminal... 4º.- El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”. En relación a la legítima defensa, su concepto, naturaleza, fundamento y requisitos, Vid., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*. Ed. Civitas, Madrid, 1976; FLETCHER, G.P.: *En defensa propia*. (Sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marín). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Ed. B de F, 2ª edición actualizada y ampliada. Montevideo y Buenos Aires, 2002; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 552-565; JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada...* Págs., 288-301; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 501-514; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 396-418; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 124-126; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 146-152; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito... Op. cit.*, Págs., 207-228; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 321-328; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 316-330; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 438-453; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. II.- Legítima defensa >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 172-186. “Frente a algunos intentos de fundamentación que se han defendido, sobre todo en épocas anteriores, hay que aclarar que la legítima defensa no se basa en el instinto de conservación, que sería un fundamento más propio de una causa de exculpación y no puede explicar la admisión de la defensa de bienes jurídicos no vitales ni la de la defensa ajena; ni en la ausencia de falta de protección estatal, que no siempre es presupuesto de la eximente y tampoco indica el fundamento material de la autorización de la defensa particular; ni solamente en la necesidad de salvar bienes individuales en peligro, que no tendría en cuenta la peculiaridad de la agresión ilegítima como fuente del peligro ni explicaría la diferencia con el estado de necesidad, que es una eximente distinta y además exige estricta proporcionalidad y subsidiariedad; ni tampoco únicamente en la necesidad o interés de defender el orden jurídico frente a la agresión al mismo, que no se ajusta a la admisión de la defensa, no frente a cualquier ataque al Derecho, sino sólo cuando al mismo tiempo afecta a bienes jurídicos personales. Por ello, paulatinamente se ha ido imponiendo la tesis, actualmente dominante, de que la legítima defensa tiene un doble fundamento: el aspecto individual, consistente en la necesidad de defensa del bien jurídico personal, esto es, en la necesidad para el Derecho de defender frente a la agresión ilegítima un bien jurídico personal en peligro (caso en que el interés en la defensa es mayor y menos problemático que si sólo estuvieran afectados bienes jurídicos colectivos, por la concreción y perentoriedad de la lesión que amenaza, su más difícil reparación y la idoneidad de su defensa por particulares); y el fundamento supraindividual, que estriba en la necesidad de defensa, afirmación y prevalecimiento del propio Derecho u orden jurídico frente a la agresión antijurídica que lo pone en cuestión, lo que explica las peculiaridades de la legítima defensa frente al estado de necesidad, reflejadas en el principio “el Derecho no tiene por qué ceder frente al injusto” (muy citado por la doctrina alemana, aunque ciertamente exagerado si no se limita por lo estrictamente necesario), y concretadas fundamentalmente en que por ello no rige la proporcionalidad ni la subsidiariedad en la reacción, ya que los bienes del agresor no están en pie de igualdad con los del agredido, sino que pierden la protección

Se trataría, por tanto, de una causa de justificación que, en principio, no es aplicable para quien ocupa, sino para la persona que sufre las consecuencias de la ocupación.

Así no hay inconveniente, a juicio de ROCA AGAPITO, en admitir la legítima defensa, con los límites del artículo 20.4º del Código Penal, por parte de quien va a ser o está siendo desposeído con violencia o intimidación. La ocupación pacífica, en cambio, tendría limitada en gran medida la posibilidad de defensa de hecho por los particulares, al existir vías legales para tutelar la posesión (acciones registrales e interdictos posesorios en el orden jurisdiccional civil; la medida cautelar penal de desalojo o lanzamiento, y la condena penal con pronunciamiento de responsabilidad civil sobre la restitución al legítimo poseedor en el orden jurisdiccional penal); por lo que si el legítimo poseedor (normalmente el propietario) no acude a estas vías, pudiera incurrir en un delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP), si emplea violencia, intimidación, o fuerza en las cosas para recuperar la posesión del inmueble, y concurren el resto de elementos del tipo⁸⁸².

jurídica en cuanto sea estrictamente necesario para impedir la agresión. Este aspecto supraindividual supone también la peculiaridad de que, si se ejerce, la legítima defensa cumple una función de intimidación general de potenciales delincuentes y de prevalecimiento del Derecho, es decir, una función de prevención general similar a la de la pena. Pues bien, tanto la función como el doble fundamento expuestos tienen su repercusión no sólo en la configuración, sino también en la interpretación que debe hacerse de los requisitos de la legítima defensa”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 396-397. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-4-1992, nº 854/1992, rec. 3149/1990, Pte: Ruiz Vadiño, Enrique (EDJ 1992/3278): “Se ha dicho por la doctrina científica, y esta plataforma ha de servir de pauta a nuestra reflexión, que el fundamento de la legítima defensa es doble y se halla, de una parte, en la necesidad de proteger los bienes jurídicos individuales y, de otra, en la de posibilitar, en todo caso, y dentro de los límites razonables, la primacía del Derecho frente al injusto”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-6-1997, nº 899/1997, rec. 579/1996-P, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 1997/6553): “Esta causa de justificación se basa en dos principios: la protección individual y la defensa del orden jurídico. Este último aspecto justifica al agredido cuando los órganos del Estado que tienen a su cargo la defensa del orden jurídico no han podido acudir en su ayuda, pero, al mismo tiempo, excluyen la defensa legítima cuando la autoridad tiene al agresor bajo su control, precisamente por la amenaza de agresión de la que el acusado dice haberse defendido”.

⁸⁸² Vid., ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 210. En relación a la usurpación violenta, dice BLANCO LOZANO: “En cuanto a la legítima defensa piénsese en el que está siendo desposeído de su derecho y se defiende de tal agresión ilegítima”. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El sistema de la parte especial. Volumen I.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 500. “En cuanto a la legítima defensa piénsese en el que ha sido desposeído de su derecho y trata de recuperarlo por la fuerza”. BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* Op. cit., Pág., 234. “Tampoco hay inconveniente en admitir la legítima defensa por parte de quien está siendo desposeído con violencia o intimidación e incluso en la ocupación pacífica”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ,

2.2.- Estado de necesidad

El estado de necesidad es una causa de justificación (art. 20.5 del Código Penal) consistente en lesionar un bien jurídico ajeno o infringir un deber para evitar un mal propio o ajeno de mayor entidad que el mal causado.

Existe una situación de peligro para bienes jurídicos, que plantea la necesidad de salvarlos o protegerlos y ello sólo se puede realizar a costa de lesionar o afectar a otros intereses jurídicamente protegidos. Hay por tanto una situación de colisión o conflicto entre intereses jurídicos. Pero a diferencia de la legítima defensa, no sólo los intereses que hay que salvar sino también aquellos que para ello hay que perturbar son en principio igualmente dignos de protección jurídica, pues el peligro no procede de una agresión ilegítima o, si procede de ella, no se evita, no se resuelve el conflicto a costa del agresor ilegítimo, sino de bienes o intereses de terceros; lo cual explica, entre otras, las restricciones de *proporcionalidad* y *subsidiariedad* que se imponen a la acción salvadora⁸⁸³.

J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Pág., 6.

⁸⁸³ Dispone el artículo 20.5º del Código Penal: “Artículo 20.- *Están exentos de responsabilidad criminal: 5º.- El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”. En relación al estado de necesidad, su concepto, naturaleza, fundamento y requisitos, Vid., BALDÓ LAVILLA, F.: *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*. Ed. Bosch. Barcelona, 1994; CEREZO MIR, J.: << La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español >> en *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. X. Año, 1985-1986. Págs., 54-118; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 567-580; JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada... Págs.*, 302-312; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 515-529; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 419-434; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 126-130; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Págs., 152-154; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito... Op. cit.*, Págs., 229-248; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 328-333; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 332-343; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 455-483; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. III.- Estado de necesidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 187-194. “El estado de necesidad exige la concurrencia de una serie de elementos, que son: realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o

indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional o familiar podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico; y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a las satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable... por ello se extrema la exigencia de estado de necesidad actual e inminente y también la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros medios... y en cuanto a la necesidad no basta con alegarla sino que hay que acreditarla. El estado de necesidad, parte de una situación de conflicto entre bienes jurídicos que solo puede resolverse mediante la lesión o menoscabo de uno de ellos. La jurisprudencia y la doctrina deducen de ello la exigencia de que el mal no pueda ser evitado o soslayado por otras vías o procedimientos menos lesivos... [La Jurisprudencia del Tribunal Supremo establece] que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera una acción determinada para atajarlo; necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que "a priori" corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y, que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual... Merecen destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido... que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, las circunstancias modificativas deben aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades. Por lo que al elemento de la necesidad se refiere, ya hemos apuntado antes que la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave, y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito... Para apreciar la concurrencia del error y de la eximente de estado de necesidad... [es necesario que] quien las invoca las pruebe cumplidamente". DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 789-794. "Aquí entra también en juego la subsidiariedad del estado de necesidad (por aplicación de las exigencias de necesidad del medio y tb. de proporcionalidad); esto es, que si es posible, hay que salvar sin lesionar directamente bienes jurídicos ajenos". LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 427. "Sobre la naturaleza y ubicación sistemática del estado de necesidad, la opinión mayoritaria sostiene la "teoría diferenciadora o de la diferenciación", según la cual hay un *estado de necesidad justificante* y otro meramente *disculpante o exculpante*: aunque en España se suele considerar simplídicamente que es causa de justificación en caso de conflicto entre bienes o intereses desiguales, y causa de exculpación en el de conflicto entre bienes o intereses iguales, la doctrina alemana distingue (y así lo ha recogido su CP) la salvaguardia de intereses (concepto más amplio que el de bienes) propios o ajenos claramente preponderantes sobre otros en conflicto como causa de justificación, y la salvaguardia de intereses *propios* y fundamentales, como vida, integridad y libertad, frente a otros iguales o incluso superiores (pues no hay limitación) como causa de exculpación. Por el contrario, la "teoría unitaria o de la unidad" considera que todo estado de necesidad es justificante o excluyente de la antijuridicidad. Y hay *teorías intermedias*, que consideran que el estado de necesidad (o al menos el disculpante según la teoría diferenciadora) es una causa de exclusión del injusto, pero no de auténtica justificación, y que supone una conducta jurídicamente neutra, lo que según algunos significa ni prohibida ni permitida, que cae en el espacio fuera del Derecho, libre de Derecho, jurídicamente exento (*rechtsfreier Raum*). O, siguiendo una construcción de *Maurach*, una tesis considera que el estado de necesidad no justificante es una causa de exclusión de la "responsabilidad por el hecho" (*Tatverantwortung*), categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad. Otra tesis intermedia es la de *Günther*, que considera algunos supuestos (colisión de deberes, estado de necesidad coactivo, indicaciones en el aborto, etc.) como estado de necesidad no justificante ni disculpante, sino como causa de exclusión del injusto penal... En una

Entre las causas de exención de responsabilidad criminal contempladas en el artículo 20 del Código Penal, habitualmente invocada por los Abogados defensores, destaca en relación con la ocupación pacífica el estado de necesidad⁸⁸⁴.

Para GÓMEZ IBARGUREN la única de las circunstancias del artículo 20 del Código penal excluyentes de la responsabilidad criminal que puede apreciarse en los supuestos de ocupación pacífica es la del apartado 5, el estado de necesidad. Igualmente sostiene este autor que éste es un tema relacionado con los principios de proporcionalidad, intervención mínima y *ultima ratio*, ya que se está dañando un bien jurídico para

regulación como la española, que trata unitariamente el estado de necesidad, permite que se eviten males iguales, no ya para bienes jurídicos vitales, sino para otros secundarios, como la propiedad o derechos patrimoniales, la seguridad o la ausencia de dolor, y que además admite no sólo el estado de necesidad propio sino el de terceros, no es que la ley no pueda motivar al sujeto en situaciones extremas de inexigibilidad individual, lo que explicaría una causa de exculpación, sino que no quiere, por diversas razones materiales (de equivalencia de intereses, inexigibilidad general y respeto de la libertad de los ciudadanos), motivar, determinar a nadie a abstenerse de la conducta salvadora, o sea, que no le interesa prohibirla; es decir, que la ley permite, autoriza a todos, autores o partícipes, en el estado de necesidad propio o en el ajeno, por igual la actuación en estado de necesidad tanto para salvar intereses preponderantes como para salvar intereses equivalentes. Por eso en Derecho español *es correcta la teoría unitaria*, que concibe *todo estado de necesidad como causa de justificación o exclusión de la antijuridicidad*. Ello lo confirma además el que no se castiga la *participación* de terceros, el hecho de que es relevante el *error* sobre la concurrencia del estado de necesidad, y el que según el art. 118.1.3.ª CP no tiene *responsabilidad civil* el agente, sino en todo caso el necesitado en la medida que se beneficia; todo lo cual no se explicaría bien si una clase de estado de necesidad fuera una causa de exculpación, ni tampoco si fuera una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal o del injusto penal pero subsistiera la antijuridicidad general, concretamente el ilícito civil, pues en tal caso el estado de necesidad entre intereses equivalentes debería generar en principio como hecho ilícito responsabilidad civil en el agente. Esta causa de justificación no excluye sin embargo el *desvalor del resultado*, que sigue siendo un "mal", sino sólo el *desvalor de la acción*, acción que no siempre se valora positivamente, sino que puede ser jurídicamente indiferente, pero permitida. En cuanto a la objeción de que el afectado por la acción de estado de necesidad queda desprotegido porque, al no ser afectado por una agresión antijurídica, no le cabe legítima defensa, no es cierto que quede desprotegido, ya que puede reaccionar contra el otro también en estado de necesidad si el peligro afectaba en principio a ambos por igual, o incluso en estado de necesidad defensivo si el peligro no le afectaba en principio y es el otro que actúa en estado de necesidad quien desvía el peligro hacia él". LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 420-421. En la misma línea de LUZÓN PEÑA, y frente a la idea de un estado de necesidad justificante ante conflicto de males desiguales y un estado de necesidad exculpante cuando la colisión sea entre males de igual entidad, MIR PUIG es partidario de "limitar el alcance de aquel precepto [art. 20.5º CP] al estado de necesidad justificante... [y considerar que] el estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable (art. 20.6º CP)". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 465.

⁸⁸⁴ RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, Mª.P.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid...* Op. cit., Pág., 168. "La alegación más común en este tipo de procedimientos por parte de la Defensa de los denunciados o querellados es la de que se accedió a la vivienda o al inmueble por la necesidad perentoria de tener cobijo para sí o la necesidad de dar cobijo a menores, esto es, en estado de necesidad. Ahora bien, no se puede aplicar por los tribunales cuando toda la prueba sobre la misma son las meras manifestaciones de los ocupantes". RUIZ BLAY, G.: << La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado >>... Op. cit., Pág., 10.

proteger otro, por lo que el daño causado tiene que ser inferior, por lo menos, al que se hubiera causado de no haberse infringido la letra del precepto penal. Sin embargo, a lo anterior habrá que añadir las otras características que se le exigen en el artículo citado, además de la inmediatez del daño que va a producirse, que no permite otra salida que causar un daño a la propiedad y a la posesión. Además, hay que tener en cuenta que el bien jurídico que se pretende proteger debe ser de mayor importancia que el dañado, por lo que entraríamos en el ámbito ya de los derechos fundamentales (vida e integridad física, etc.)⁸⁸⁵.

En palabras de MANZANARES SAMANIEGO, en este delito “cobra particular relevancia el estado de necesidad”⁸⁸⁶.

Las defensas, además de esgrimir habitualmente la eximente de estado de necesidad (que excepcionalmente es aplicada como completa, y en su mayoría en grado de incompleta), suelen alegar el carácter circunstancial u ocasional de la ocupación, junto a otras “técnicas de neutralización de la acusación” relativas a la existencia de viviendas sociales desocupadas, el derecho de uso inocuo...⁸⁸⁷.

La Jurisprudencia *menor* ha estimado en algunos casos si no la concurrencia del estado de necesidad, sí la escasa lesividad derivada de algunas de las conductas de ocupación pacífica de bienes inmuebles, para absolver a los ocupantes. Aplicando a una conducta formalmente incluida dentro del tipo del artículo 245.2 del Código penal la doctrina del llamado *ius usus innocui*, basada en que está permitido a un tercero hacer todo lo que no perjudica al dueño de un bien, pero utilizando también razonamientos propios del estado de necesidad, como por ejemplo, la consideración de la falta de otras vías legítimas para la resolución de un conflicto entre el derecho a la vivienda y la

⁸⁸⁵ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Págs., 20-21.

⁸⁸⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913. *Vid.*, Audiencia Provincial de Cuenca, S 11-12-2000, nº 96/2000, rec. 80/2000, Pte: López Calderón Barreda, Luis (EDJ 2000/64374): “Habiendo entendido igualmente la doctrina que en el área de la antijuridicidad cobra particular importancia el estado de necesidad, siendo aplicables al mismo las previsiones de la eximente quinta del artículo 19 [debe decir 20] del Código Penal”.

⁸⁸⁷ IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Pág., 7.

integridad física del acusado, y la preservación formal del derecho a la propiedad del edificio ocupado, de titularidad pública⁸⁸⁸.

⁸⁸⁸ GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 991-992. *Vid.*, por todas, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007 Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670): "Lo anterior conduce a excepcionar del tipo del injusto aquellos casos en los que, por no actualizarse efectivamente la posesión sobre el bien ocupado, dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o por la inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios (la antañona figura del "ius usus innocui", tan útil ahora que, en las grandes conurbaciones modernas, el viejo espigueo tras los segadores ha sido sustituido por esta suerte de "espigueo inmobiliario", en busca de espacios baldíos o edificios arruinados), ya sea por la breve duración de la utilización de la finca ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 18-9-2006, nº 717/2006, rec. 281/2006, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2006/356074): "Puede resultar útil, para el tratamiento jurídico penal del caso, una institución de honda raigambre histórica. Se conoce, en la bibliografía especializada, como "ius usus innocui". De la admisión consuetudinaria del espigueo inocuo existe ya testimonio en el bíblico Libro de Ruth. En el Digesto (39.3.1.11), se recoge un fragmento de Ulpiano, a propósito de la actio aquae pluviae arcenae: "Omnibus ius esse prodesse sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur". No está prohibido que cada cual pueda beneficiarse de aquello que no perjudica a otro. La idea se concretó en la máxima "quod tibi non nocet et alii prodest, non prohibetur". El principio expresado en ella corrige, aplicando la equidad, la rigidez del derecho de exclusión de terceros que tiene el dueño de una cosa. Uno de los grandes teólogos juristas del siglo XVI se hace eco de él, aunque siempre como determinante de un espacio de posibilidad de aprovechamiento que, sin llegar a constituir un verdadero derecho, no se considera prohibido por la Ley, aunque el propietario o poseedor puedan imponer su cesación. La tolerancia del "ius usus innocui" (al menos en tanto el titular dominical no exprese su voluntad en contrario) inspira normas del Derecho especial aragonés; se puede rastrear en algún texto extranjero; y es a menudo invocado por la llamada jurisprudencia menor española, de que son muestra las Sentencias 4/1995, de 12 de enero, y 99/1999, de 16 de marzo, de la Audiencia Provincial de Huesca; 526/1998, de 24 de septiembre, y 641/2004, de la de Zaragoza; de 27 de julio del 2000 y de 18 de julio del 2002, de la de La Coruña; 609/2000, de 30 de octubre, de la de Málaga; y 205/2005, de 14 de abril, de la de Cantabria. Si, como proclama el artículo 33 (1 y 2) de la Constitución, el derecho de propiedad, reconocido por él, está limitado por la función social que le es inherente, difícilmente podría calificarse de ilícito el aprovechamiento no autorizado (pero tampoco expresamente prohibido) de alguna utilidad de que sea posible una cosa ajena, siempre que no impida ni restrinja el ejercicio de sus facultades por el dueño o por el titular de un derecho real constituido sobre ella... Es preciso llamar la atención sobre los términos del conflicto: la condena de la acusada significaría imponer una pena a una persona que, teniendo constitucionalmente derecho a una vivienda digna, ocupó transitoriamente una que había sido desalojada por el anterior ocupante y no había sido asignada a uno nuevo (de manera que no entorpecía su disfrute por un poseedor actual); y de la que era titular dominical un ente público cuya función era y sigue siendo gestionar la distribución de aquéllas de que dispone para entregarlas -en propiedad o en concesión de uso- a quienes están necesitados de ellas y carecen de recursos económicos para recurrir al mercado inmobiliario ordinario". Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 12-2-2002, nº 70/2002, rec. 75/2002, Pte: Vera Llorens, José Luis (EDJ 2002/18907): "Tampoco es posible en virtud del derecho social a vivienda digna, admitir la facultad subjetiva para ejercitar los derechos sociales-constitucionales. Si bien cabría la posibilidad de apreciar en algún supuesto la situación de necesidad, lo cual podría afectar a la admisión jurídica de su conducta, pero no al reconocimiento de un título válido para la ocupación. Respecto a este último extremo y en el caso que nos ocupa la razón argumentada y probada para ocupar el inmueble (que se trata de una "caseta de campo" únicamente cerrada con una cadena sujeta con un alambre, sin luz y agua corriente y por supuesto sin que sea lugar de morada del denunciante), es la falta de vivienda en que guarecerse los denunciados y es por ello que debemos atender a la ausencia de conducta jurídica merecedora de reproche penal, dado el estado de necesidad que les condujo a habitarla, sin violencia alguna, ni actitud que violentara a su titular y sin ánimo de continuidad, sino como mera necesidad temporal de cobijarse en algún lugar mientras encontraban mejor suerte o situación. Por esta razón que entendemos se produce en el presente caso, debemos considerar la apelación interpuesta a los meros efectos de excluir el reproche penal y sin que ello suponga reconocimiento de un título válido para la ocupación, cuya solución debe buscarse por la vía de la jurisdicción civil, si a ello además añadimos el principio de intervención mínima del derecho penal y

La aplicación del estado de necesidad, tanto como eximente completa como incompleta, es en opinión de GUÉREZ TRICARICO, en principio, como en todos los delitos en los que no se recogen reglas específicas de justificación, planteable, pudiendo triunfar en muchos supuestos, ya que en este caso los bienes a ponderar son, por una parte, el derecho de propiedad o el uso normal del derecho real inmobiliario usurpado y, por la otra la función social de la propiedad, el derecho constitucional a una vivienda digna, y en algunos casos, la propia integridad física y moral, así como la salud de los ocupantes⁸⁸⁹. Aunque parte de la Doctrina admite con carácter general la posibilidad del estado de necesidad como causa de justificación⁸⁹⁰, ROCA AGAPITO reconoce que pese a

teniendo en cuenta que ya no continúa aquella situación de ocupación; así como su consideración al principio de proporcionalidad”.

⁸⁸⁹ GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 991.

⁸⁹⁰ “Atendiendo a la situación de crisis económica y al nivel de desempleo que se padece en España actualmente (el porcentaje de personas desempleadas supera el veinte por ciento de la población activa en el momento en que se escriben estas líneas), puede resultar en este ámbito de frecuente aplicación el estado de necesidad. Téngase a este respecto en consideración la situación, por desgracia cada vez más frecuente, de personas completamente desamparadas y sin cobertura social que buscan refugio en inmuebles desocupados. En tales casos (cuya responsabilidad última recae en el Estado y en sus gobernantes, cuya razón de ser, precisamente, es la de evitar que haya seres humanos, personas, viviendo en la calle y sin ningún recurso o ayuda) pueden cumplirse los tres requisitos legalmente establecidos para la aplicación del estado de necesidad justificante (*vid.* art. 20.5 CP), de carácter famélico”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88. “Cabe como causa de justificación el estado de necesidad si la ocupación se lleva a cabo para evitar los graves riesgos de un intenso frío, una tormenta, en largos temporales de nieve que los sujetos pueden quedar incomunicados, etcétera”. SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, Pág., 409; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial. II (1) Delitos contra el Patrimonio... Op. cit.*, Pág., 402. “Dentro de la antijuridicidad cobra particular relevancia el estado de necesidad, siendo aplicables al mismo las previsiones de la eximente 5ª del artículo 20 del Código penal. Una cosa es el refugio durante unos días de frío excepcional y otra la ocupación continuada cuando la situación de necesidad ha concluido”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 223. “A partir de ahí, la aplicación, en su caso, de la eximente incompleta e incluso de una atenuante por analogía, cualificada o no, se sujetará a las reglas generales”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913. “Cuestión distinta, que “a priori” no se descarta, es el que los responsables se encuentren en situación de necesidad, lo cual afectaría a la admisión jurídica de su conducta, pero no al reconocimiento de un título válido para la ocupación”. QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 74-75. “Justificación: son perfectamente imaginables supuestos de estado de necesidad; por ejemplo, ocupación o mantenimiento en un inmueble sin consentimiento del dueño por no disponer de otra forma de alojamiento, debido a la precaria situación económica de la familia ocupante”. HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 293. “Tener presente la

que muchos de los casos que llegan a los Tribunales por estos delitos son relativos a personas con muy escasos recursos económicos, la Jurisprudencia (porque existen servicios sociales, porque existen vías legales para acceder a la vivienda, porque pueden contar con la ayuda de familiares, de ONG's, etc.) no suele admitir como eximente el estado de necesidad. Sólo en casos muy extremos se ha llegado a apreciar como completa, o todo lo más como incompleta; y ello sin olvidar que la responsabilidad civil se sigue manteniendo⁸⁹¹.

posibilidad de que se invoque por el eventual "ocupa" la eximente, completa o incompleta, de estado de necesidad". ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., Y ROIG TORRES, M.: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial...* Op. cit., Pág., 163. "Este delito puede presentar casos de estado de necesidad, en sus variedades de eximente completa, incompleta o atenuante analógica. La solución habrá que buscarla en las reglas generales afectantes a esta causa de justificación y, en concreto, las circunstancias determinantes de la ocupación y la duración más o menos prolongada de ésta". CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... Op. cit., Pág., 224. "Las modalidades típicas de esta figura delictiva no devendrán en antijurídicas, si lo impide alguna causa de justificación. En la práctica, el estado de necesidad justificante (V. gr., entrar en un edificio para guarecerse de una climatología extremadamente gélida, durante los días que este fenómeno durase)". HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* Op. cit., Págs., 164-165. "De particular interés es la posibilidad de aplicar el estado de necesidad dadas las características sociales que envuelven estas conductas. La jurisprudencia ha apreciado con cierta frecuencia esta causa de justificación, si bien han valorado dichas necesidades con encontradas sensibilidades sociales". SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... Op. cit., Pág. 421. "En supuestos en que se realizaran conductas típicas del art. 245.2, es decir, que se ocupara un inmueble de forma permanente, en concepto de dueño y con ánimo de lucro, sin lugar a dudas sería posible aplicar la eximente completa o incompleta de estado de necesidad, siempre y cuando reuniera sus requisitos legales". BAUCCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... Op. cit., Pág., 729. "El estado de necesidad se conforma como una situación en la que existe, para un determinado bien, el peligro de un quebranto grave que solamente puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos. Se pueden presentar múltiples situaciones en las que una persona se vea obligada a penetrar en una vivienda desocupada para poner al abrigo a su familia, por carecer de otras posibilidades de satisfacción de tal elemental necesidad... Entendemos que... es posible hablar de estado de necesidad justificante". NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Págs., 131-134.

⁸⁹¹ Vid., ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Págs., 210-211. En la línea de ROCA AGAPITO, GÓMEZ IBARGUREN, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ: "Si bien la situación de "necesidad" y otras circunstancias personales del sujeto o sujetos activos del delito no parecen muy operativas para considerar la concurrencia de una causa de exclusión de la responsabilidad criminal, sin embargo sí pueden servir para graduar o atenuar la responsabilidad criminal concreta de acuerdo con el artículo 66 CP". GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno "okupa" en el Derecho Español...* Op. cit., Pág., 21. "En cuanto al estado de necesidad, es raro que la jurisprudencia lo aprecie, si bien en algunas ocasiones se ha admitido como incompleta e incluso en algunas ocasiones como completa". RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. Y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepín...* Op. cit., Pág., 6. "Si bien, a la vista del artículo 119 P.C.P., [hoy art. 116.1 CP] toda persona criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente y siempre que del hecho se deriven daños o perjuicios, parece obvio que todo aquel que resulta exento de responsabilidad criminal, ya sea por causas objetivas o subjetivas, ya sea porque no se hubieran producido daños o perjuicios, deba quedar exento de responsabilidad civil; sin embargo, tan solo en estos dos

2.2.1.- REQUISITOS

BLANCO LOZANO⁸⁹² considera que pueden cumplirse los tres requisitos legalmente establecidos para la aplicación del estado de necesidad justificante, en el

últimos casos resulta legalmente aplicable este razonamiento, pero no en aquellos en los que se produzca una exclusión de la antijuridicidad (causa objetiva) o bien una exclusión de la culpabilidad (causa subjetiva). Sin embargo, la responsabilidad civil en estos casos sólo podrá declararse siempre que las acciones civiles hayan sido ejercitadas conjuntamente con las penales y de acuerdo con las reglas que para cada caso se establezcan (art. 120.2 P.C.P.) [hoy 118 CP]". SANTA CECILIA GARCÍA, F.: << La responsabilidad civil "ex delicto" en el Proyecto de Código Penal de 1992 >> en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. VV.AA. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. (EDERSA). Madrid, 1993. Pág., 1026.

⁸⁹² BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El sistema de la parte especial. Volumen 1.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 505; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* Op. cit., Pág., 241. "Decisiva debe ser, ante todo, la situación de necesidad que da origen a la eximente: sin ella no puede darse esta causa de justificación, ni completa ni incompleta. El art. 20 habla de "estado de necesidad", pero no define en que consiste éste. Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo conciben como una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio del otro. Ello supone que el bien jurídico que se trata de salvar esté en inminente peligro de ser destruido. Este peligro ha de ser real y objetivo, no pudiendo ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que se trata de evitarlo... Es preciso, además, que la realización del mal o la infracción del deber que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero sea el *único camino posible* para conseguir la meta salvadora. La realización del tipo de injusto de un delito que constituye la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber jurídico ha de ser, por tanto, *necesaria*, es decir, la evitación del mal que amenaza el bien jurídico sólo puede ser conseguida realizando otro mal. Igualmente la necesidad debe ser también valorada de un modo objetivo, aunque lógicamente teniendo en cuenta la situación concreta en la que se encuentra el sujeto y las circunstancias y medios de que dispone. En el caso de que el peligro que se trata de evitar amenace a bienes jurídicos "ajenos" se habla de "auxilio necesario", admitido por el legislador tanto si se trata de bienes jurídicos de igual valor como si no". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 329-330. Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 27-12-2001, nº 910/2001, rec. 259/2001, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2001/77665): "Baste añadir respecto a la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal alegada, que el estado de necesidad ha sido definido por la doctrina como un estado de peligro actual para los intereses legítimos que solo puede ser conjurado mediante la lesión de intereses legítimos de otro. Y esa misma doctrina entiende que los requisitos exigidos para la existencia de esta eximente, son: a) Peligro de un mal propio o ajeno, pues la situación de estado de necesidad presupone una colisión de bienes jurídicos, o conflicto de deberes en la cual solamente es posible salvar uno a costa de otro, es decir, que para salvar un bien jurídico o cumplir con un deber resulta necesario, imprescindible e inexorable, al mismo tiempo, sacrificar otro bien jurídico o incumplir un deber; debiendo existir una relación de causalidad entre el peligro, el cual ha de ser real y grave, y la necesidad. b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otra persona o de infringir un deber, necesidad que ha de estar presidida por los llamados principios de "necesidad, proporcionalidad o idoneidad y subsidiariedad". c) El elemento subjetivo, consistente en el ánimo de actuar por parte del sujeto activo, y que se concreta en la necesidad de evitar un mal. d) Que el mal causado no sea de mayor entidad que el que se trata de evitar, teniendo en cuenta a este respecto, una serie de criterios expresados por los distintos sectores de la doctrina, como son el que la ley no compara bienes, sino "males", y en la gravedad del mal no solo influye el valor del bien típico lesionado, sino también la forma en que se lesiona; que para la ponderación de males, se exige la ponderación de todos los intereses generales; que hay que partir de la protección que el derecho penal otorga a cada interés, comparando las penas que asigna al ataque doloso de cada bien jurídico afectado; que es necesario tomar en consideración la valoración personal y social de la lesión del bien jurídico, así como la totalidad de los males producidos por el "delito"; la ponderación ha de realizarse teniendo en

caso de personas desvalidas de toda fortuna y socialmente desamparadas que buscan refugio en un inmueble desocupado por cuanto:

- El mal causado con la ocupación del inmueble desocupado es menor que el que se trata de evitar, que no es otro que el vivir sin cobijo y en personal exposición a toda clase de inclemencias⁸⁹³.
- La situación de desamparo, en unas condiciones socioeconómicas tan adversas como son las actuales para con los menos favorecidos, no es, en la mayoría de los casos y por razones obvias, buscada por el propio sujeto⁸⁹⁴.
- No existe obligación jurídica alguna, a cargo de una persona necesitada, por lo demás generalmente ajena a todo oficio o cargo, de sacrificarse a vivir a la intemperie. Tampoco puede existir, oficio o cargo alguno que

cuenta no sólo la importancia abstracta de los bienes jurídicos en conflicto, sino la intensidad y significación del peligro en que se fundamenta la necesidad, de una parte, y de otra, el ataque con que se intenta conjugarlo; si se rebasa la proporcionalidad, es decir, si el mal causado supera valorativamente el que se quería evitar, se produce un "exceso", que podría dar lugar, en su caso, a una eximente incompleta. e) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, requisito éste que obedece al propósito de evitar que quien se ha colocado de forma intencionada en la situación de necesidad a otras personas, pueda aprovecharse posteriormente del amparo de la eximente. f) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

⁸⁹³ “Varios son los requisitos legales del estado de necesidad, según el artículo 20.5 CP: En primer lugar, que el sujeto actúe guiado por un estado de necesidad: este elemento exige la constatación objetiva de una situación de necesidad. Además, se requiere que el sujeto actúe con el propósito de evitar un mal propio o ajeno: junto al anterior elemento objetivo, este segundo requisito constituye el elemento subjetivo de justificación... Se exige que "el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar". Con ello se introduce el *criterio de la ponderación de intereses o de bienes*. De ese modo, el estado de necesidad justificante abarca aquellas situaciones en las que se trata de evitar un mal mayor que el causado y aquellos supuestos de conflictos de bienes iguales”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 154.

⁸⁹⁴ “Se exige además que la "situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto". Es irrelevante a estos efectos que la necesidad haya sido causada por una conducta imprudente del sujeto”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 154. “El Tribunal Supremo intenta evitar esta conclusión negando la apreciación del estado de necesidad en los delitos imprudentes y considerando que la provocación intencionada del riesgo es ya provocación intencionada del estado de necesidad”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 332. “Nadie puede aprovecharse de su propio hecho antijurídico. Quien provoca la situación de necesidad no puede luego invocar una causa de justificación que le exima de responsabilidad por lo que él mismo ha originado”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. III.- Estado de necesidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 193.

obligue a quien lo ostente al sacrificio de no ocupar para su supervivencia y la de su entorno familiar, en caso de necesidad, un inmueble en el que cobijarse⁸⁹⁵.

No debe obviarse como dice GONZÁLEZ CERRÓN que “en los supuestos de indigencia, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 1986, exigía, además del agotamiento de las vías legales de que pudiera disponer el sujeto, la utilización en lo imprescindible para subvenir una necesidad primaria, recordando con acierto FERNÁNDEZ APARICIO que la vivienda es un bien primario, pero sin que el derecho social a una vivienda que contempla el artículo 47 de la Constitución abarque una facultad subjetiva para su ejercicio, como observa QUINTERO OLIVARES”⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ “El art. 20.5 requiere además "que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse". Con ello, alude a aquellos deberes jurídicamente fundamentados... derivados de una profesión pública o privada: v. gr., soldado, policía, bombero, médico, etc. La obligación especial de sacrificarse no significa que el obligado tenga que actuar ciegamente ni que tenga el deber de sacrificar su vida”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 154. “La eximente queda excluida en los casos en que exista una obligación jurídica de arrostrar el peligro: el médico ha de soportar el peligro de contagio, el soldado los derivados del combate, el bombero los del incendio”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 529. “No hay que confundir, sin embargo, la obligación de correr un peligro con la obligación de sacrificarse. El deber de asumir un peligro dimanante de la profesión elegida no significa, sin más, que concurra aquel *tertium non datur* que caracteriza la situación de necesidad. El bombero que arriesga su vida por salvar la propiedad ajena, no está ante el dilema: su vida o la propiedad de otro. Más bien intenta, con su preparación profesional, salvar ambos bienes jurídicos, aunque pueda darse el caso de que no lo consiga, perdiendo la vida sin conseguir salvar la destrucción de la cosa incendiada. No conozco otra obligación de sacrificarse, y hasta el punto de perder la vida, que la que imponen sus deberes al militar, y aun en este supuesto ha de ser en cumplimiento de órdenes recibidas que le colocan en la obligación de repeler un ataque o de atacar él mismo. En el naufragio, los tripulantes han de velar por que embarquen primero los pasajeros. Tal proceder impuesto por su profesión les hace correr el riesgo de que les falte tiempo para cuidar de sus propias vidas. Pero no implica una *obligación* de perderlas para que se salven los pasajeros. Si no hubiera tiempo para organizar ordenadamente el salvamento porque los acontecimientos se precipiten, el tripulante no viene obligado a sacrificar absurdamente su vida. El gesto romántico del capitán que se hunde con su barco merece todos los respetos, mas no constituye un deber jurídicamente exigible”. RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 571-572.

⁸⁹⁶ GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 399. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-1-1986, Pte: Vivas Marzal, Luis (EDJ 1986/730). “En relación con las causas que pueden excluir de responsabilidad criminal... queda referirnos al estado de necesidad del art. 20.5. Dado que se admite en relación con el hurto, hurto famélico o miserable, debe también admitirse en este delito, con iguales exigencias. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1986 nos recuerda los requisitos: indigencia del sujeto activo o de su familia, que tal conducta típica aparezca como única salida a esta situación de indigencia, agotadas todas las vías legales al alcance del sujeto, y que lo obtenido sea utilizado en lo imprescindible para cubrir la necesidad primaria del sujeto y familia. Entiendo que la vivienda es un bien primario”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1318. “Derecho social a la vivienda digna, reconocido por la Constitución (art. 47). Al igual que sucede con los restantes derechos *sociales-constitucionales* no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos. Cuestión distinta, que "a priori" no se descarta es el que los responsables se encuentren en situación de necesidad, lo cual afectaría a la admisión jurídica de su

En la actividad valorativa que el Juez viene obligado a realizar para apreciar el estado de necesidad debería considerar la existencia del derecho a la vivienda, no como un derecho que legitima la actuación arbitraria del particular, sino como un valor que informa el ordenamiento jurídico y por tanto la práctica judicial⁸⁹⁷.

2.2.2.- OBJECIONES

Se alude, en un orden social y hasta constitucional, a la necesidad de evitar que determinadas personas no alcancen vivienda, ni estén alojadas. La alusión es comprensible y respetable. Pero este derecho, es un *derecho social*, y el deber de subsanar el grave defecto, es de toda la sociedad. La justicia distributiva clama y chirría, si se pretende que tenga que soportar esta carga común “social” no la sociedad y por ella la Administración sino un o unos ciudadanos en particular. No puede cargarse sobre uno solo, lo que es deber de todos, y por ellos de la persona jurídica pública que a todos representa⁸⁹⁸.

La idea de *necesidad* se proyecta sobre el medio empleado para solventar el conflicto, de modo que si cabe eludirlo por medios lícitos o menos gravosos que los utilizados no podrá decirse que la conducta se halle justificada. Aunque los términos legales no lo diferencien expresamente, en el concepto de “estado de necesidad” se comprende por un lado, la necesidad abstracta de salvación, es decir, de tener que hacer algo que suponga un sacrificio ajeno o propio, el que sea, para evitar el peligro; y por otro lado, la necesidad del concreto medio salvador elegido, lo que supone que no quepan otros procedimientos protectores suficientemente seguros pero menos lesivos y exigibles. Aquí entra también en juego la *subsidiariedad del estado de necesidad* (por

conducta, pero no al reconocimiento de un título válido para la ocupación”. QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 74-75; QUINTERO OLIVARES, G.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 660.

⁸⁹⁷ LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda >> en *Cuadernos de Política Criminal...* *Op. cit.*, Pág., 309.

⁸⁹⁸ *Vid.*, PINTÓ RUIZ, J.J.: << El fenómeno “Okupa”: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? >> en *Economist&Jurist...* *Op. cit.*, Pág., 32.

aplicación de las exigencias de necesidad del medio y también de proporcionalidad); esto es, que si es posible, hay que salvar sin lesionar directamente bienes jurídicos ajenos, en primer lugar acudiendo a la ayuda estatal, que es la instancia directamente encargada de la protección de bienes jurídicos, pero también huyendo o esquivando, es decir, aceptando un cierto sacrificio propio aunque menor (si bien la exigibilidad de la fuga puede ser discutible si la alternativa salvadora es un menoscabo leve de intereses ajenos poco valiosos, pues ahí es dudosa la ponderación de intereses y la mínima lesividad). En cuanto a la obligación de pedir auxilio de terceros (inducción en vez de autoría directa, que además supondría una cierta merma de la libertad de actuación), concurrirá normalmente, pero en la medida que tal posibilidad resulte menos lesiva que la actuación propia⁸⁹⁹.

2.2.3.- EL ESTADO DE NECESIDAD EN LA JURISPRUDENCIA MENOR

Son numerosas las alegaciones de abogados defensores solicitando la absolución de sus clientes por concurrir la circunstancia eximente de estado de necesidad (art. 20.5 CP).

Pese a su habitual invocación en este delito, la Jurisprudencia *menor*, admite el estado de necesidad justificante de forma absolutamente restringida y con carácter excepcional.

En alguna ocasión se aprecia bien como eximente incompleta del artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el 20.5 del mismo cuerpo legal; bien como simple atenuante analógica de estado de necesidad del artículo 21.7, en relación a los artículos 21.1 y 20.5 todos ellos del referido texto punitivo⁹⁰⁰.

⁸⁹⁹ COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 520; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 427.

⁹⁰⁰ “Son las circunstancias atenuantes elementos accidentales del delito, en cuanto no condicionan su existencia, que, por revelar una menor imputabilidad, culpabilidad, o antijuridicidad, determinan una moderación en la pena señalada al delito. En la enumeración del artículo 21, puede distinguirse entre eximentes incompletas, atenuantes especificadas y atenuantes por analogía”. LUZÓN CUESTA, J.Mª.: << Libro I. Título I.- De la infracción penal. Artículo 21 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Pág., 76. Dispone el artículo 21 del Código Penal: “*Son circunstancias atenuantes: 1ª.- Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de*

Pero con carácter general se desestima la invocación del estado de necesidad por no concurrir sus circunstancias y, por no haberse acreditado suficientemente, ya se trate de la atenuante, la eximente incompleta, o la eximente completa.

responsabilidad en sus respectivos casos". "El CP art. 21.1º recoge la llamada "eximente incompleta" (término que sólo aparece en el CP art. 104) dentro del catálogo de las circunstancias atenuantes, si bien las diferenciadas consecuencias jurídicas de su apreciación (reducción prescriptiva en un grado y facultativo hasta en dos grados de la pena a imponer por el delito cometido -CP art. 68- frente a la mitad inferior de la pena para las restantes atenuantes -CP art. 66-) la erigen en un supuesto de atenuación cualificada o privilegiada, con un régimen propio y diferenciado frente a las restantes circunstancias incluidas en el CP art. 21. En este sentido, las eximentes incompletas se establecen como una graduación intermedia dentro del catálogo de circunstancias que modifican la gravedad del hecho punible, insertándose a medio camino entre las que dan lugar a la plena exención de la pena y el catálogo de las circunstancias atenuantes recogido en el CP art. 21". ALCÁCER GUIRAO, R.: << Capítulo 11.- Circunstancias atenuantes. A.- Eximente incompleta >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 339. "Exige para su estimación que se encuentren presentes los requisitos *esenciales* de la eximente, de modo que sólo si el requisito ausente no es esencial, podrá aplicarse la correspondiente atenuación. Así... y en relación al estado de necesidad incompleto, debe darse una real situación de necesidad entendida como conflicto entre bienes jurídicos". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 484-485. "El estado de necesidad tiene como elemento básico una necesidad real que, además, constituya el móvil del sujeto. La ausencia de cualquiera de las restantes circunstancias lo convertirá en una eximente incompleta". RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 702. "La ausencia de los restantes requisitos legales del CP art. 20.5º permite la aplicación de la eximente incompleta (TS 10-2-03). Tales requisitos son: que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar; que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Ahora bien, en relación con la proporcionalidad del mal causado, la jurisprudencia matiza lo anterior en los siguientes términos: si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades (TS 10-2-05; 7-5-09)". ALCÁCER GUIRAO, R.: << Capítulo 11.- Circunstancias atenuantes. A.- Eximente incompleta >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 345. Dispone el artículo 21.7 del Código Penal: "*Son circunstancias atenuantes: 7ª.- Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*". "Recoge, al modo de una cláusula de cierre, la posibilidad de apreciar una circunstancia atenuante en supuestos de "análoga significación" a las restantes atenuantes específicas descritas en el precepto... En relación con las eximentes incompletas... la aplicación de una circunstancia análoga a las eximentes incompletas reguladas en el CP art. 21.1º en relación con el CP art. 20 responde esencialmente a una cuestión cuantitativa o de grado. Así, concurriendo los *requisitos esenciales* de la respectiva eximente, la atenuante análoga será de aplicación en los supuestos en que la disminución del injusto o la culpabilidad no sea lo suficientemente intensa como para propiciar una eximente incompleta". ALCÁCER GUIRAO, R.: << Capítulo 11.- Circunstancias atenuantes. G.- Atenuante análoga >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 362-364.

A) Estado de necesidad justificante

La Jurisprudencia *menor* ha admitido tal causa de justificación en supuestos en los que desde la perspectiva y exigencia de la teoría de la antijuridicidad material (contravención de la norma) y formal (indicio o razón esencial de lo antijurídico) se llega a la conclusión de que puede resultar excesivamente desproporcionado, en el ámbito de la antijuridicidad meramente formal, la protección penal de la propiedad, cuando, en el Derecho civil se tutela el valor de la apariencia, amparando la posesión, por los mecanismos registrales, y por las consecuencias jurídicas que se conceden a hechos que en apariencia coinciden con el supuesto del número 2 del art. 245 del Código penal (un poseedor sin título y sin buena fe puede acceder a la propiedad por usucapión extraordinaria)⁹⁰¹.

Igualmente se ha considerado que se dan las circunstancias exigibles para apreciar la eximente completa cuando los acusados precisaban de una vivienda para los miembros de la unidad familiar (compuesta por los acusados y sus tres hijos, dos de ellos menores de edad, además de un nieto de 20 días), tras haber tenido que abandonar

⁹⁰¹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, S 2-11-1999, nº 1303/1999, rec. 395/1999, Pte: Guijarro López, Jesús Ángel (EDJ 1999/51525): “La Juzgadora de instancia hace una interpretación del art. 245.2 del Código penal, a la luz de la conducta de la acusada, desde la perspectiva y exigencia de la teoría de la antijuridicidad material (contravención de la norma) y formal (indicio o razón esencial de lo antijurídico) y llega a la conclusión de que teniendo en cuenta la causa de justificación solicitada por el Ministerio Fiscal (estado de necesidad del artículo 20.5 del Código penal), que los bienes en conflicto -derecho de propiedad, por un lado, y manifestación o protesta social a un determinado orden económico que no ampara, eficazmente, el derecho que otorga el art. 47 de la Constitución Española (derecho a la vivienda), como declaración general-, que puede resultar excesivamente desproporcionado, en este ámbito de la antijuridicidad meramente formal y no todavía en términos de antijuridicidad material, la protección penal de una propiedad, cuando, simultáneamente, se incrementa en derecho el valor de la apariencia, de forma que se tutela también la posesión, no sólo por la acción interdictal y por los mecanismos registrales, sino también por las consecuencias jurídicas que conceden a hechos que en apariencia coinciden con el supuesto del número 2 del art. 245 del Código penal (poseedor sin título y sin buena fe acceda a la propiedad) y al mismo tiempo que esa conducta sea constitutiva de una infracción penal. Todo ello unido a que, en términos de antijuridicidad material, el motivo que guio a la acusada a ocupar el edificio y su situación familiar, están corroborados por la documentación por ella presentada en el juicio y la obrante a la causa (folios 26 y ss.) y provoca la aplicación de la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal citada; dándose todos los requisitos que esta precisa en el caso de autos, como expone la Juez “a quo” en el fundamento de Derecho quinto de la resolución impugnada y que ahora damos aquí por reproducido para no caer en innecesarias repeticiones. La Sala, por tanto no aprecia error en la apreciación de la prueba y ve correctamente aplicada la circunstancia eximente citada. Tan sólo encuentra cierta incongruencia cuando la resolución impugnada expone que los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos del delito imputado, y en el fallo se aplica para la acusada la eximente de responsabilidad de estado de necesidad, pues esto sería innecesario si aquello fuese cierto. Pero aún en el caso de que fuesen los hechos constitutivos de aquel delito, se darían los requisitos necesarios para la apreciación de la circunstancia, ya invocada por la acusación pública, y apreciada en la sentencia”.

el ático que ocupaban, y resultando insuficiente para albergar a toda la familia la casa de los padres de la acusada, siendo su situación económica realmente de pobreza (pues, la acusada realizaba trabajos esporádicos de limpieza y el padre carecía de trabajo), y sólo recibían cierta ayuda social de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Castellón, donde se les concedió ayuda en concepto de comedor escolar de sus hijos, pero se les informó de que en materia de vivienda el Ayuntamiento no podía ayudarles⁹⁰².

⁹⁰² *Vid.*, Audiencia Provincial de Castellón, sec. 3ª, S 26-11-2004, nº 329/2004, rec. 201/2004, Pte: Gil Marqués, Mª Ángeles (EDJ 2004/249493): "Pasaremos a examinar la alegación que con contenido coincidente en lo sustancial se formula en ambos escritos de recurso de apelación, en los que se solicita la aplicación de la circunstancia eximente de estado de necesidad, petición que ha sido denegada en forma motivada por el Juez "a quo" conforme a lo razonado en el apartado último del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia apelada y que ahora se reitera en la alzada. Señala la STS de fecha 23 de junio de 2003 que reiterados y numerosos precedentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo han establecido que la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone (dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva) con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual. De estos elementos, dice la STS 1629/2002, de 2 de octubre, merecen destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido (STS de 14 de octubre de 1996 que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente a favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades. Por lo que al elemento de la "necesidad" se refiere, ya hemos apuntado antes que la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2001 señala que "El "estado de necesidad", exigible como mínimo presupuesto de su apreciación, sea como eximente completa del artículo 20.5 del Código Penal, o como eximente incompleta con valor de atenuante del artículo 21.1º del Código Penal, supone siempre la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. Dos son las exigencias que tal conflicto comporta: A) de un lado es necesaria la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (Sentencias de 24 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8933] EDJ 1997/10508; 23 de enero [RJ 1998/52] EDJ 1998/87, 27 de abril [RJ 1998/4134] EDJ 1998/2377, 14 de mayo [RJ 1998/3438] EDJ 1998/2966 y 19 de octubre de 1998 [RJ 1998/8092] EDJ 1998/23110; 26 de enero [RJ 1999/825] EDJ 1999/337, 20 de mayo [RJ 1999/3381] EDJ 1999/8931, 7 de junio [RJ 1999/5545] EDJ 1999/10032, 6 de julio [RJ 1999/5634] EDJ 1999/17017 y 1 de octubre de 1999 [RJ 1999/8337] EDJ 1999/33679; y 24 de enero de 2000 [RJ 2000/209] EDJ 2000/474; B) de otro lado se requiere la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas (Sentencia de 3 de octubre de 1996 [RJ 1996/7046] EDJ 1996/6410, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (Sentencias de 19 de octubre de 1998; 26 de enero, 20 de mayo, 7 de junio, 6 de julio, 13 de septiembre [RJ 1999/7189] EDJ 1999/28240 y 1 de octubre de 1999; y 24 de enero de 2000). A partir de tales exigencias, condicionantes siempre del estado de necesidad, como eximente o como atenuante, los restantes requisitos legales del artículo 20.5º, lo son para la apreciación de la total exención, y por ello su ausencia contrae su efecto a la exclusión de la eximente plena, sin perjuicio de su apreciación como incompleta con valor atenuatorio (art. 21.1º). Tal es el caso de las tres exigencias que afectan a la

Otro caso en que se apreció esta eximente fue en el de una mujer abandonada por su marido, y en situación económica precaria y angustiosa, que tenía bajo su custodia y responsabilidad a sus tres hijos (de muy corta edad y uno de ellos bebé), sin techo donde refugiarse, pese a que los propios servicios sociales ya habían puesto de manifiesto la necesidad de una vivienda para ellos por venir habitando hasta entonces, ocupando ilegalmente, otra vivienda con más de veinte personas, lo que, inspiraba también a la acusada el temor de que sus hijos le fueren arrebatados por los organismos tutelares dadas las condiciones de hacinamiento que presentaba aquella⁹⁰³.

jerarquía de los bienes entre sí, la no provocación del conflicto por el sujeto, y la ausencia de una obligación de sacrificio. Partiendo de la anterior doctrina jurisprudencial en el presente caso consideramos que se dan las circunstancias exigibles para apreciar la eximente completa, pues *los acusados sí precisaban de una vivienda para los miembros de la unidad familiar, compuesta por los acusados y sus tres hijos, dos de ellos menores de edad, además de un nieto de 20 días, tras haber tenido que abandonar el ático que ocupaban en la C/Enmedio, finca en que la acusada Eugenia al parecer trabajaba como portera, residiendo de forma temporal todos ellos en casa de los padres de Eugenia, insuficiente para albergar a toda la familia. Su situación económica estimamos que era realmente de pobreza, realizando la acusada trabajos esporádicos de limpieza y careciendo de trabajo el padre, recibiendo cierta ayuda social de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Castellón, donde se les concedió ayuda en concepto de comedor escolar de sus hijos, pero se les informó de que en materia de vivienda el Ayuntamiento no podía ayudarles, datos que se desprenden del informe aportado a los autos que obra a los folios 74 y 75 de las actuaciones y de la declaración prestada en el juicio oral por la trabajadora social D^a Lina, según consta recogida en el acta (folio 213 de la causa).* Así pues, consideramos que los acusados sí estaban en situación objetiva de necesidad, siendo también relevante la declaración testifical prestada en el juicio oral por D^a Teresa quien conoció a la acusada D^a Eugenia a través de la asociación llamada "Madres en Acción para el Desarrollo y la Prosperidad", a la que la acusada acudió en busca de ayuda para tratar de solucionar su situación de necesidad, quien explicó que todos los miembros de la familia estaban viviendo en casa de los padres de la acusada, que al parecer no reunía condiciones para ser ocupada por tantas personas y que la acompañó a diversos organismos sin obtener solución. En esta situación angustiosa para los acusados consideramos que el mal causado, consistente en ocupar una vivienda propiedad del Ayuntamiento que estaba deteriorada y sin ser habitada, con la finalidad de utilizarla como domicilio familiar, limpiándola y acondicionándola en la medida en que pudieron con ayuda de la referida asociación, es de menor gravedad que la situación de necesidad que padecían los acusados por su precariedad económica, por lo que entendemos que el motivo del recurso debe prosperar, admitiendo la Sala la concurrencia de la eximente de estado de necesidad de forma completa”.

⁹⁰³ Vid., Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3^a, S 12-4-2007, n^o 72/2007, rec. 51/2007, Pte: Muñoz Acero, Marina (EDJ 2007/144336): “Y, en el caso que contemplamos, vemos que la Juzgadora de lo Penal absolvió a la acusada por entender en suma, tras valorar las declaraciones testificales practicadas en el plenario (y, entre ellas, las de los agentes de la policía local, en las que basa la recurrente sus argumentos inculpativos, amén de las de la asistente social del ayuntamiento y de las vecinas de la inculpada y las de la propia acusada) que los hechos en los que se fundamenta la acusación no resultan incardinables en el tipo penal delictivo referenciado, y ello por cuanto considera, en definitiva, que la titularidad pública sobre la vivienda en cuestión, que resultó ocupada pacíficamente por la acusada, se había dejado de poseer aparentemente, al mostrarse la misma abandonada, faltando, pues, en dicha acusada la conciencia del requisito de ajenidad en tal ocupación, que destipifica por tanto su conducta; conclusión a la que llega la Juzgadora valorando los susodichos testimonios que ponen de manifiesto las características y signos que presentaba el inmueble de referencia cuando accedió al mismo aquella, ya que estima probado que la acusada no causó destrozo alguno para introducirse en él, y que, por el contrario, éste ya no tenía puertas ni ventanas entonces, toda vez que desde hacía bastante tiempo allí entraba y salía todo el mundo, sobre todo toxicómanos que le habían destrozado y se habían llevado todos sus elementos

También se ha apreciado esta eximente en el supuesto de un acusado en situación de absoluta indigencia quien ocupó un trastero (situación de indigencia probada por el hecho de que para cualquiera de las citaciones que tuvieron que practicarse hubo que acordarse su busca y captura por estar indomiciliado, y por la prueba testifical según la cual cuando le encontraron en el trastero llevaba dos o tres días sin comer, le dieron dinero para que comiera y se le informó de los recursos sociales existentes), llegando el Tribunal a la conclusión de que existía una necesidad de asistencia en todos los órdenes, tanto para el alimento como para la habitación⁹⁰⁴.

básicos, tales como las puertas, ventanas, griferías etc., y que, no obstante todo ello, y pese a las numerosas quejas y denuncias de los vecinos por dicha situación, la Junta de Extremadura había hecho caso omiso, haciendo, pues, dejación de su "ius possidendi" sobre dicha vivienda que, a la postre, ante la falta de cerramiento venía a ser un espacio abierto que, por ende, permitía el acceso de terceros al mismo para su ocupación, concluyendo, por todo ello, la Juzgadora en la inexistencia de la mencionada figura delictiva, sin detrimento de la normativa sobre la propiedad que estima, en cualquier caso, debe ser protegida penalmente en los supuestos más graves de desconocimiento de la misma y no en supuestos como el presente, en el que examinando, además, la intromisión concreta realizada considera concurrente el estado de necesidad, *aplicando, en consecuencia, las previsiones de la eximente núm. 5 del art. 20 CP, al cobrar particular relevancia en el área de la antijuridicidad el hecho constatado de la precaria situación económica y angustiosa que padecía la acusada, cuando procedió a realizar dicha ocupación, al verse abandonada por su marido y tener bajo su custodia y responsabilidad a sus tres hijos, de muy corta edad (uno de ellos bebé) sin techo donde refugiarse, pese a que los propios servicios sociales ya habían puesto de manifiesto la necesidad de una vivienda para ellos por venir habitando hasta entonces ocupando ilegalmente otra vivienda con más de veinte personas, lo que, al parecer, inspiraba también a la misma el temor de que sus hijos le fueren arrebatados por los organismos tutelares dadas las condiciones de hacinamiento que presentaba aquella*, procediendo por lo expuesto, y como veníamos diciendo, la Juzgadora a absolver libremente a la misma por los hechos enjuiciados, en cualquier caso".

⁹⁰⁴ Vid., Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 25-2-2014, nº 63/2014, rec. 158/2014, Pte: Sol Rodríguez, María de Lourdes (EDJ 2014/35307): "La Juez de instancia considera que el Sr. Horacio, cuando ocupó el inmueble del Sr. José Antonio, *se encontraba en situación de absoluta indigencia, y para llegar a esta conclusión ha tenido en cuenta tanto los datos que nacen de la causa, como el hecho de que para cualquiera de las citaciones que han tenido que practicarse ha tenido que acordarse su busca y captura por estar indomiciliado, como por el resultado de la prueba testifical de D. Eusebio*. Este último era uno de los encargados por el propietario de controlar el estado de su trastero, ya que él no vivía en Valladolid, y por eso acudían a controlar el estado del inmueble. Señaló en el juicio que en el mes de agosto de 2011 en el trastero estaba el Sr. Horacio con un perro, *que se encontraba "en la indigencia" y por eso le ofrecieron dinero para que comiera algo porque llevaba unos días sin comer y el cerrajero que le acompañaba le indicó dónde estaban los servicios sociales a los que podía acudir en busca de ayuda*. Añadió el Sr. Eusebio que, sin plantear problema alguno, el Sr. Horacio recogió sus cosas y se marchó. Que no había causado ningún daño en el inmueble y que él le dio una tarjeta profesional indicándole que si mejoraba su situación se pasara por su oficina para ver si podían encontrarle un lugar en el que vivir. Añadió el Sr. Eusebio que volvieron el 26 de octubre de 2011, que entraron abriendo la puerta con normalidad y dentro había enseres y un perro, que es el mismo que estaba en agosto, pero no estaba el Sr. Horacio, y que solicitaron la presencia de la policía porque no sabían qué hacer con el perro. Añadió que en el año 2012 acudió el Sr. Horacio a la oficina para ver si podían ponerse en contacto con el propietario y que le alquilara el inmueble, pero el propietario se negó a la vista de la situación económica del Sr. Horacio. El Juez de instancia, atendiendo a las manifestaciones del Sr. Eusebio en relación con la descripción de la situación en la que se encontraba en aquel momento el Sr. Horacio estimó que concurría en el mismo la eximente de estado de necesidad y, en relación con el delito de usurpación de inmuebles este mismo tribunal en diversas resoluciones (5 y 16 de diciembre de 2013, entre otras), analizando la posible concurrencia de la eximente de estado de necesidad en quien lleva a cabo la ocupación de un

Finalmente puede señalarse el supuesto de una acusada que se encontraba en una situación de desesperación y de grave penuria económica, al padecer la enfermedad de tuberculosis y tener bajo su cargo a cuatro hijas menores de edad de las que dos de ellas habían sufrido la misma enfermedad, mientras que su hija de 4 años estaba afectada en el momento del juicio de una neurotuberculosis⁹⁰⁵.

inmueble, ha estimado que es preciso para la apreciación de esta eximente algo más que la mera alegación de quien la invoca, siendo necesario, cuando menos, un mínimo de actividad probatoria que permita considerar acreditados los requisitos que integran la circunstancia descrita en el artículo 20.5º del Código Penal, esto es, a) que penda un mal, acuciante y grave, propio o ajeno, que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; b) que haya necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que "a posteriori" corresponderá formular a los Tribunales de Justicia, y d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación. *La situación de necesidad del Sr. Horacio se desprende de forma clara de la testifical del Sr. Eusebio (que ninguna relación personal tiene con el mismo y, al contrario, era en este supuesto representante de los intereses del propietario en relación con el cuidado del inmueble), hasta el punto de señalar que el Sr. Horacio, cuando le encontraron en el trastero en el mes de agosto llevaba dos o tres días sin comer, que le dieron dinero para que comiera y que el cerrajero que le acompañaba le informó de los recursos sociales existentes.* Todos estos elementos implican la realización de la actividad probatoria que se exige para poder apreciar esta eximente, que lleva al Ministerio Fiscal a considerar que podría concurrir una eximente incompleta y a la Juez de Instancia a estimar que se trata de una eximente completa. Para hacer esta diferenciación ha de compararse el mal producido y el evitado, y en la gravedad del mal influye la forma en la que se lesiona y la perturbación del orden jurídico producida por la acción salvadora, de tal forma que si se causa un mal inferior al que se evita, se apreciará la eximente completa, si se causa un mal ligeramente superior al que se evita, la eximente incompleta, y si se causa un mal claramente superior al que se evita, no habrá lugar a la atenuación (en este sentido, SSTs de 8 de octubre de 1996 y 2 de octubre de 2002). La Juez de instancia razona y valora los males en conflicto y considera que el causado es inferior al que se trata de evitar, ya que *el Sr. Horacio carecía de recursos en la esfera personal y familiar y el mal causado, haciendo uso de un trastero ajeno y sin autorización de su dueño, era inferior en este concreto supuesto a la satisfacción de sus necesidades de alojamiento y cobijo, considerando por último que el Sr. Horacio no tomó más que lo estrictamente necesario puesto que desalojó el inmueble antes de que se tuviera que llevar a cabo la orden del Juzgado de Instrucción, y así consta en el oficio de la Policía Municipal (folio 100) que el desalojo se había producido meses antes, sin que causara ningún daño en el trastero.* El Ministerio Fiscal indica en su recurso que el Sr. Horacio debería haber optado por otras alternativas sociales y de ayuda, pero lo cierto es que bien por ignorancia o por una situación de abandono personal, cuando el Sr. Eusebio contactó con él, llevaba dos o tres días sin comer, lo que es indicativo de su necesidad de asistencia en todos los órdenes, tanto para el alimento como para la habitación, y el resultado de la valoración realizada por la Juez de instancia no puede considerarse ni arbitraria ni inmotivada, sino que obedece a un proceso de ponderación racional que explica correctamente, y por todo ello se considera que la sentencia dictada en la instancia es ajustada a las pruebas practicadas y por ello debe confirmarse en su integridad".

⁹⁰⁵ Vid., Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 6ª, S 12-5-2014, nº 231/2014, rec. 344/2014, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda (EDJ 2014/116712): "En dicha Sentencia se declaran probados, los siguientes hechos: El día 4 de octubre de 2013, la acusada Victoria, mayor de edad y sin antecedentes penales, entró, con la intención de permanecer en ella, en la casa sita en... Adeje, cuya titularidad corresponde a D. Cipriano y que en ese momento se encontraba deshabitada. La acusada no tenía autorización del legítimo propietario para ocupar la vivienda y sigue habitando la misma. No consta que se hayan producido daños en la vivienda. *Igualmente ha quedado acreditado que la acusada se encontraba en una situación de desesperación y de grave penuria económica, al padecer la enfermedad de tuberculosis y al tener bajo su cargo a cuatro hijas menores de edad de las que dos de ellas han sufrido la misma enfermedad, mientras que su hija de 4 años está afectada actualmente de una*

B) Estado de necesidad como eximente incompleta

Para la aplicación de la eximente completa de estado de necesidad es necesario que exista una situación de conflicto entre diversos males, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente comisario, pero siempre con la condición de que no exista otro remedio lógico y normal para evitar este último, siendo necesario que este mal que amenaza sea actual e inminente (SSTS 8-VI-1994 y 8-X-1996, entre otras). Dentro de esos requisitos el que quizá presente mayores dificultades en la práctica es el de la evitabilidad de causar el mal delictivo. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia vienen hablando de la *subsidiariedad* del estado de necesidad en el sentido de que el afectado por la situación de necesidad o de conflicto debe acudir a la ayuda estatal o de terceros antes de lesionar bienes jurídicos ajenos. De tal modo que no haya otro medio menos lesivo de evitar el mal que amenaza.

A este respecto, se distingue por la Jurisprudencia entre una *necesidad en abstracto* y una *necesidad en concreto*. La primera falta cuando no hay necesidad de ninguna acción salvadora, y la segunda cuando, aun existiendo esa necesidad, podía haberse empleado un medio menos lesivo⁹⁰⁶.

No se admite el estado de necesidad como justificante aunque exista una situación de necesidad en abstracto (v. gr., querer vivir autónomamente con su mujer e hijos en su propia vivienda y carecer de medios para ello⁹⁰⁷; encontrarse sin vivienda,

neurotuberculosis. En relación con el segundo motivo, este Tribunal no encuentra razones para sustituir la valoración probatoria realizada por el Juez de Instancia, con base en las facultades que le atribuye el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y contando con las ventajas y garantías de la oralidad, inmediación y contradicción en la práctica de las pruebas, compartiendo, en consecuencia, la conclusión a la que llega dicho Juzgador quien después de analizar de forma detallada y minuciosa la prueba practicada, concluye que resulta suficiente para acreditar la autoría de la acusada respecto del delito de usurpación (si bien amparada en la eximente completa de estado de necesidad). Las alegaciones del recurrente no desvirtúan los razonamientos (que se asumen íntegramente y se dan aquí por reproducidos) aducidos por el Juez de Instancia para fundamentar su pronunciamiento”.

⁹⁰⁶ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 25-5-1998, nº 254/1998, rec. 267/1998, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 1998/17312); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 19-1-1998, nº 33/1998, rec. 686/1997, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 1998/5918).

⁹⁰⁷ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 19-1-1998, nº 33/1998, rec. 686/1997, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 1998/5918): “Aplicando esa doctrina al supuesto enjuiciado, debe admitirse

sin medios de vida y con cargas familiares que se soportan de forma conjunta haciendo frente a las mismas de manera claramente insuficiente para proveer de unos mínimos de subsistencia⁹⁰⁸; padecer una situación económica notablemente precaria⁹⁰⁹; la negativa del IVIMA a conceder una vivienda que se solicitó y el hecho de tener tres hijos menores a su cargo⁹¹⁰; el hacinamiento en el domicilio de la madre, y la indeseada

que en el presente caso sí existe una situación de necesidad para la acusada, puesto que quiere vivir autónomamente con su hija en su propia vivienda y carece de medios para ello”.

⁹⁰⁸ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 22-1-2002, nº 24/2002, rec. 411/2001, Pte: Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel (EDJ 2002/8667): “En efecto, así lo ha entendido la jurisprudencia del T.S. pues en ocasiones en que la penuria económica se proyecta sobre la serenidad de juicio del sujeto, ha estimado la atenuante analógica en relación con la eximente incompleta de estado de necesidad (S.T.S. 7 de mayo de 1.991 y 2 de marzo de 1.992) como medio de conseguir la adecuación entre la culpabilidad y la penalidad, de modo que si aquella esta disminuida, ésta ha de rebajarse en igual proporción” (S.T.S. núm. 75/1.999 de 26 de enero). En el presente supuesto *todos los acusados se encuentran sin vivienda, sin medios de vida y con cargas familiares que soportan de forma conjunta haciendo frente a las mismas de manera claramente insuficiente para proveer de unos mínimos de subsistencia a las familias implicadas en los hechos si bien afirman que podrían pagar un alquiler siquiera fuera mínimo*. Se trata en definitiva de una lamentable situación de carencia o de posesión de muy escasas posibilidades de sustentar las necesidades básicas de un ciudadano medio que atenúa la responsabilidad criminal de los acusados... Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación de Julio, Pedro, Antonia e Isabel, contra la Sentencia recaída en los autos a que el presente Rollo se contrae, y consideramos concurrente en el delito de usurpación que se les imputa la circunstancia atenuante analógica a la eximente incompleta de estado de necesidad”.

⁹⁰⁹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 27-7-2004, nº 350/2004, rec. 262/2004, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 2004/275433): “Son cinco los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente. a) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción puede apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo. b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro. c) Que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que “a posteriori” corresponderá formular a los Tribunales de Justicia. d) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación. e) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1º) La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2º) El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3º) Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. 4º) En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente. La aplicación de las pautas y criterios jurisprudenciales que se acaban de reseñar impiden acoger el recurso. Y ello porque en la causa ha quedado acreditado que, *aun siendo cierto que los acusados padecían una situación económica notablemente precaria* ello no quiere decir que estuvieran abocados necesariamente a realizar la acción delictiva de ocupación del bien inmueble ajeno. Y tampoco es cierto que hubieran agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de incurrir en el ilícito penal”.

⁹¹⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 24-6-2004, nº 629/2004, rec. 149/2004, Pte: Álvaro López, Mª Cruz (EDJ 2004/122472): “Invoca la recurrente la indebida inaplicación de la circunstancia eximente de responsabilidad de estado de necesidad prevista en el núm. 5 del artículo 20 del Código

convivencia con algún hermano drogadicto⁹¹¹; la situación angustiosa de la familia⁹¹²; el número de hijos, tres, de corta edad, y tratarse de madre soltera⁹¹³; quedarse sin la

Penal, pues declarado probado que la acusada había solicitado una vivienda al IVIMA y esta le había sido rechazada, había agotado todas las posibilidades de dar solución a su difícil situación. A la vista de las alegaciones realizadas, de las pruebas practicadas en el plenario, de la documental que obra en la causa y de los argumentos que expone la juzgadora para *apreciar únicamente una atenuante analógica* y rechazar la pretendida exclusión de responsabilidad que planteó la defensa de la acusada, no podemos sino compartir su criterio y volver a desestimar dicha pretensión. Es evidente y no se cuestiona, que aunque *la negativa del IVIMA a conceder a la acusada una vivienda que solicitó y el hecho de que ésta tuviera tres hijos menores a su cargo justificaron la atenuante* que apreció la juzgadora de instancia, no debemos olvidar que ello no es suficiente para acreditar que su actuación fuera la única salida a su situación, pues con independencia de que hubiera solicitado efectivamente la adjudicación de una vivienda social, no consta que desarrollara otro tipo de actuaciones tendentes a demandar algún tipo de protección de los actuales sistemas de asistencia social, que junto con los ingresos mensuales que consta que percibía en torno a 150.000 ptas. mensuales le podrían haber permitido una solución a su problema. Tampoco consta que haya solicitado alguna vivienda de las bolsas de alquileres que controla la Comunidad de Madrid y cuyas rentas se encuentran limitadas y controladas por organismos públicos y por debajo de los precios de mercado. Tampoco consta que intentara el alojamiento propio y de sus hijos en algún centro asistencial, ni siquiera que tratara de solucionar el problema o la discusión que la inclinó a abandonar la vivienda de sus padres con los que venía conviviendo con anterioridad”.

⁹¹¹ Vid., Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, S 15-4-2005, nº 185/2005, rec. 1762/2005, Pte: Paúl Velasco, José Manuel de (EDJ 2005/323372): “Pareja suerte desestimatoria debe correr el motivo articulado con implícito carácter subsidiario, en el que la defensa postula la aplicación como completa de la eximente de estado de necesidad, ya apreciada como incompleta en la sentencia impugnada. En este punto bastaría, de nuevo, remitirse a las acertadas consideraciones que la Magistrada a quo vierte en el tercer fundamento de su resolución. La situación en que la acusada y su familia se encontraban en punto a vivienda, con ser ciertamente grave, no era tan dramática como para fundamentar un estado de necesidad completo; pues no carecían absolutamente de un lugar en que vivir en condiciones no infrahumanas, ya que lo hacían en el domicilio de la madre, aunque padecieran en él de hacinamiento y de la indeseada convivencia con algún hermano drogadicto (condición, que como señala agudamente la sentencia de instancia, concurría también en la pareja de la acusada, que no consta la hubiera superado), de modo que la situación no era tan insostenible como para que la acusada no pudiese seguir aguardando a la adjudicación de una vivienda por los poderes públicos, a cuyo efecto estaba ya incluida en una lista de máxima prioridad. También este motivo subsidiario debe, pues, ser desestimado, y con él la totalidad del recurso; procediendo la íntegra confirmación de la sentencia impugnada, que impuso ya a la acusada, apurando al máximo las posibilidades legales, prácticamente la pena mínima posible, cuya afflictividad (36’3 euros de multa) es poco más que simbólica en relación con el beneficio obtenido por la prolongada ocupación ilegal”.

⁹¹² Vid., Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 9-5-2014, nº 221/2014, rec. 503/2014, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2014/110053): “Pues bien, teniendo presentes los anteriores criterios, la solución ofrecida por la sentencia combatida se estima de todo punto correcta y razonable. *Y es que, sin desconocer la situación angustiosa de la familia de la Sra. Vanesa, ésta no ha acreditado el haber agotado todas esas otras posibilidades de petición de ayuda pública o auxilio familiar y social*”.

⁹¹³ Vid., Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 25-6-2014, nº 71/2014, rec. 117/2013, Pte: González Clavijo, José Ramón (EDJ 2014/112561): “En consideración a lo anteriormente expuesto, procede analizar las circunstancias que concurren en la denunciada como madre soltera, con tres hijos, que tenía conocimiento de que la vivienda era propiedad de Caja Laboral, pero se encontraba vacía, por lo que procedió a cambiar el bombín de la cerradura. Está acreditado, al folio 80 de las actuaciones, que la recurrente es beneficiaria de la prestación de renta garantizada de ciudadanía de la Junta de Castilla y León, percibiendo mensualmente la cantidad de 532,5 Eur., cantidad que se seguirá abonando mientras no se modifiquen las circunstancias que dieron origen al reconocimiento del derecho a la prestación. En consideración a todo ello, y no constando que se haya acudido a otro tipo de ayudas sociales, otra forma de conseguir una vivienda adecuada, no concurren los requisitos legalmente exigibles para la eximente del estado de necesidad del artículo 20.5º del Código Penal, lo que no es obstáculo alguno para que, al menos, *se estime la atenuante del artículo 21.1, al tener que ponderar las circunstancias que concurren,*

vivienda que había sido su hogar al ser desahuciados de la misma⁹¹⁴; la escasa posibilidad de encontrar trabajo por falta de cualificación, tener a su cargo a menores, cuando las ayudas por parte de familiares no son factibles o cuando menos escasas a la vista de tener que vivir en la calle⁹¹⁵), cuando pudo emplearse un medio menos lesivo, una alternativa diferente a la de invadir y ocupar el bien inmueble de un tercero.

Se aplica la eximente incompleta, del art. 21.1 en relación con el 20.5 del CP, cuando:

en especial, el número de hijos, 3, de corta edad, y tratarse de madre soltera, lo que hace que, proceda rebajar la pena impuesta a la de dos meses de multa, con una cuota diaria de dos euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas”.

⁹¹⁴ Vid., Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 11-11-2014, nº 199/2014, rec. 200/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/277698): “Existía, (eso es cierto) una situación de necesidad en los acusados por cuanto se quedaron sin la vivienda que había sido su hogar al ser desahuciados de la misma”.

⁹¹⁵ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 26-5-2015, nº 260/2015, rec. 47/2015, Pte: Benito López, Alejandro María (EDJ 2015/139041): “La esencia de la eximente de estado de necesidad del art. 20.5 CP radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual. Los conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia son la proporcionalidad y la necesidad. En relación al primero, si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial; pero si esa comparación revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades. Respecto del segundo, es preciso que en la esfera personal, profesional, familiar y social, que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto. *En este caso, la recurrente alegó que ocupó el inmueble porque al dejarle su pareja no pudo afrontar el alquiler del piso donde residía, llevando una semana viviendo en un parque con sus cuatro hijos menores de su relación con don Elías, nacidos en 2001, 2002, 2004 y 2008, según copia del libro de familia, y a su sobrino el también menor Jesús María, y percibía 420 euros mensuales de ayuda familiar, según copia de la cartilla de su cuenta bancaria, lo que revela una situación de grave precariedad económica que repercute en menores, con lo que se cumple la proporcionalidad de los males. En cuanto a la necesidad, debe reconocerse la escasa posibilidad de la apelante de encontrar trabajo por su falta de cualificación y el tener a su cargo a menores, así como admitirse que las ayudas por parte de familiares no fueron factibles o cuando menos escasas a la vista de tener que vivir en la calle, y si bien no consta que acudiera a los servicios sociales en demanda de vivienda, la respuesta a este tipo de petición no es inmediata, sino que suele dilatarse, razón por la que debe considerarse parcialmente cumplido este requisito, y consecuentemente apreciarse la eximente incompleta de estado de necesidad, rebajando la pena en un grado, y dentro de éste al concurrir también la atenuante de dilaciones indebidas apreciada por el Juzgado, imponerse la mínima de un mes y quince días de multa, con una cuota diaria de 2 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por dos cuotas diarias no satisfechas”.*

- Pudo irse con su hija a residir a casa de su padre que vive sólo con otro hijo, máxime cuando ya vivió una temporada en casa de su antecesor después de su separación matrimonial⁹¹⁶.
- Pudo continuar en la vivienda de sus padres o de otros familiares⁹¹⁷.
- Pudo dormir en casa de los padres de su novia, de un amigo, o recurrir en caso extremo a locales de acogida o similares⁹¹⁸.

⁹¹⁶ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 19-1-1998, nº 33/1998, rec. 686/1997, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 1998/5918): “Aplicando esa doctrina al supuesto enjuiciado, debe admitirse que en el presente caso sí existe una situación de necesidad para la acusada, puesto que quiere vivir autónomamente con su hija en su propia vivienda y carece de medios para ello. Ahora bien, no puede admitirse, en cambio, que concurra el requisito de la inevitabilidad de causar un mal a terceros y que, por lo tanto, se den los presupuestos de lo que se conoce como necesidad en concreto, por cuanto la acusada tenía una alternativa diferente a la de invadir y ocupar el bien inmueble de un tercero. *Nos referimos a que podía irse con su hija a residir a casa de su padre, que vive sólo con otro hijo. Máxime cuando la inculpada ya vivió una temporada en casa de su antecesor después de su separación matrimonial, como ella misma reconoce.* Ante ello, argumenta la defensa que el padre es una persona enferma por alcoholismo, viniendo a afirmar que, si bien acude a la vivienda de su padre en ocasiones para atenderlo, no le resulta factible, en cambio, convivir con él debido a su enfermedad. Esa argumentación no puede acogerse y corrobora que no estamos ante un mal mayor o igual que el que se trata de evitar. En efecto, el mal que supone convivir con un padre alcohólico y las incomodidades e inconveniencias que ello conlleva es notoriamente menor que el invadir el derecho de propiedad de un tercero ocupando un bien inmueble de ajena pertenencia. No puede decirse, por lo tanto, que la acusada no tuviera otro medio alternativo para atender su derecho fundamental a la vivienda que usurpar la propiedad ajena. Sí tenía la posibilidad de residir en el domicilio paterno, lo que sucede es que las molestias e inconveniencias que llevaba consigo no quiso afrontarlas y optó por una solución más satisfactoria para sus intereses pero mucho más perjudicial para terceros, como la de invadir y ocupar un bien inmueble totalmente ajeno. Así las cosas, es claro que no puede apreciarse la eximente completa de estado de necesidad y sí solo la incompleta, del art. 20.5º en relación con el 21.1ª y el 68 del C. Penal. Ello supone que sí ha de apreciarse el delito de usurpación de bien inmueble, previsto en el art. 245.2 del C. Penal, al darse los supuestos de su tipicidad y no resultar totalmente excluida la antijuridicidad. si bien ésta queda limitada al concurrir una eximente incompleta”.

⁹¹⁷ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 25-5-1998, nº 254/1998, rec. 267/1998, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 1998/17312): “Ahora bien, no puede admitirse, en cambio, que concurra el requisito de la inevitabilidad de causar un mal a terceros y que, por lo tanto, se den los presupuestos de lo que se conoce como necesidad en concreto, por cuanto *el acusado tenía una alternativa diferente a la de invadir y ocupar el bien inmueble de un tercero, continuando en la vivienda de sus padres o de otros familiares.* No puede decirse, por lo tanto, que el acusado no tuviera otro medio alternativo para atender su derecho fundamental a la vivienda que usurpar la propiedad ajena. Si tenía la posibilidad de residir en el domicilio paterno, lo que sucede es que las molestias e inconveniencias que llevaba consigo no quiso afrontarlas y optó por una solución más satisfactoria para sus intereses pero mucho más perjudicial para terceros, como la de invadir y ocupar un bien inmueble totalmente ajeno. Así las cosas, es claro que no puede apreciarse la eximente completa de estado de necesidad y si sólo la incompleta, del artículo 20.5º en relación con el 21.1ª y el 68 del Código Penal. Ella supone que si ha de apreciarse el delito de usurpación de bien inmueble, previsto en el artículo 245.2 del Código Penal, al darse los supuestos de su tipicidad y no resultar totalmente excluida la antijuridicidad. Si bien ésta queda limitada al concurrir una eximente incompleta”.

⁹¹⁸ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 4-11-2002, rec. 617/2002, Pte: Gallego Soler, José Ignacio (EDJ 2002/72035): “Alega el recurrente que se ha debido apreciar por parte del Juzgador, el estado de necesidad, no como eximente incompleta, como ya se hizo, sino como eximente completa, por cuanto el recurrente pasaba por una situación de graves dificultades económicas y personales. Esta alegación no hace más que avalar la incorrección en el planteamiento de sus anteriores motivos, porque si se pretende afirmar que, se hizo lo que se hizo, por la situación de precariedad del recurrente, es porque se

- Pudo pagar un alquiler siquiera fuera mínimo⁹¹⁹.

está reconociendo la realidad de la realización de los hechos negados en esta instancia. Pero, obviando estas consideraciones, resulta que la apreciación de la eximente incompleta hay que calificarla como muy generosa, por lo que pretender ahora la apreciación de la eximente completa carece de fundamentación. El estado de necesidad requiere constatar una situación de necesidad o, lo que es lo mismo, un peligro para bienes jurídicos de una persona o colectivos que suponga la amenaza de un mal y que cree la necesidad de una actuación salvadora que suponga sacrificio de otros intereses. Esta situación de conflicto entre intereses implica la necesidad de tener que recurrir a lesionar bienes jurídicos ajenos para salvar los intereses en peligro. Pretender aplicar el estado de necesidad con plena eficacia exoneradora de responsabilidad penal supone, valorativamente, afirmar que lo único que pudo hacer el condenado ante su situación de necesidad económica era forzar un inmueble ajeno y pernoctar en él. Esta situación, obviamente, no es de recibo, por cuanto no existe tal situación de necesidad y, además, *tenía gran cantidad de alternativas de acción todas ellas legítimas: dormir en casa de sus padres, de los padres de su novia (al folio 18, vuelto declara vivir habitualmente con ellos), de un amigo, recurrir en caso extremo a locales de acogida o similares*. Todo lo expuesto no hace sino ahondar en la idea de que la propia apreciación de la eximente incompleta ha sido bastante generosa, lo que no puede hacer en modo alguno que prospere la petición de aplicar la eximente completa”.

⁹¹⁹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 22-1-2002, nº 24/2002, rec. 411/2001, Pte: Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel (EDJ 2002/8667): “Por su parte el recurso de Julio, se funda exclusivamente en la inaplicación de la eximente de estado de necesidad del art. 20,5º del Código Penal. Para ello aduce su precaria situación económica dado que viven él, su esposa que no trabaja y sus seis hijos de la chatarra y que por la propia forma vivir de los gitanos, resulta imposible probar documentalmente su situación de necesidad. No puede prosperar la pretensión del recurrente por cuanto que el legislador prevé expresamente el delito de usurpación para evitar (entre otras) situaciones como la creada por los acusados mediante la cual impiden que el propietario de los inmuebles ocupados pueda realizar obras en los mismos para proveer a su venta como demuestra aquél documentalmente exhibiendo una oferta de compra (folio 218) y aportando planos (folios 171 y 217) y licencia otorgada por el Ayuntamiento de San Fernando de Henares para proceder al alineamiento de calle E, (folios 167 y siguientes) antes de la venta de los inmuebles. Se observa por tanto que existe un tipo penal expresamente previsto que encaja perfectamente con la conducta realizada por los acusados. Es cierto que todos los españoles tiene derecho a una vivienda digna como proclama el art. 47 de la CE, pero se trata *de facto* de una proclamación más cercana al deseo que al hecho pues su desarrollo en la legislación administrativa muestra el grado de cumplimentación real de esta proclamación constitucional. Por otro lado, en ningún caso puede estimarse que ese derecho otorgue el de privar a un tercero de la posesión de su inmueble y eventualmente de la propiedad si se mantiene en el mismo suficiente tiempo ocupándolo, pues según el texto constitucional sólo puede expropiarse por la Administración y a través del procedimiento establecido legalmente al efecto (art. 33.3 CE y STC 26-3-1987). En conclusión, carece de apoyo constitucional la pretensión de los recurrentes y en cuanto al respaldo por la ley ordinaria tampoco se encuentra en la eximente de estado de necesidad. Sus elementos son citados por el propio recurrente, por lo que resulta innecesario ahora su repetición, pero sí debe hacerse constar que los acusados se encuentran en tal situación procesal por forzar los cerramientos que existía en el acceso a los mismos y negarse a abandonar los inmuebles, con lo cual se cumplen los requisitos del tipo aplicado en instancia, el art. 245.2 del Código penal. En efecto, no demuestran los recurrentes su situación de necesidad que actúa como presupuesto de la eximente en cualquiera de sus grados pues más bien declaran *que están dispuestos a pagar un alquiler y que no se niegan a pagar el consumo de agua o de electricidad. Con ello vienen a afirmar que no se encuentran en una situación sin alternativa o extrema pues podrían pagar un alquiler a otra persona si bien optan por introducirse en un inmueble de ajena propiedad, no pagar por su uso y disfrute, y consumir electricidad y agua sin pagarla*. Esta misma Sección 15ª de la Audiencia Provincial ya se pronunció en un caso similar en una Sentencia de 19 de enero de 1998 en la que se razonaba que: “Afirma el Tribunal de casación que para la aplicación de esa eximente es necesario que exista una situación de conflicto entre diversos males, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente comisor, pero siempre con la condición de que no exista otro remedio lógico y normal para evitar este último, siendo necesario que este mal que amenaza sea actual e inminente (SSTS 8-VI-1994 y 8-X-1996, entre otras)” y “...que el afectado por la situación de necesidad o de conflicto debe acudir a la ayuda estatal o de terceros antes de lesionar bienes jurídicos ajenos”. Por tanto no se puede considerar concurrente un estado de necesidad. Ahora bien, de la mera lectura de la situación en que se encontraban los acusados se evidencia que se trata

- Pudo acudir a cualquiera de las Administraciones públicas en solicitud de vivienda⁹²⁰.

al menos de una situación análoga a la de una eximente incompleta de estado de necesidad. En efecto, así lo ha entendido la jurisprudencia del T.S. pues *en ocasiones en que la penuria económica se proyecta sobre la serenidad de juicio del sujeto, ha estimado la atenuante analógica en relación con la eximente incompleta de estado de necesidad* (S.T.S. 7 de mayo de 1.991 y 2 de marzo de 1.992) como medio de conseguir la adecuación entre la culpabilidad y la penalidad, de modo que si aquella esta disminuida, ésta ha de rebajarse en igual proporción" (S.T.S. núm. 75/1.999 de 26 de enero). En el presente supuesto todos los acusados se encuentran sin vivienda, sin medios de vida y con cargas familiares que soportan de forma conjunta haciendo frente a las mismas de manera claramente insuficiente para proveer de unos mínimos de subsistencia a las familias implicadas en los hechos *si bien afirman que podrían pagar un alquiler siquiera fuera mínimo*. Se trata en definitiva de una lamentable situación de carencia o de posesión de muy escasas posibilidades de sustentar las necesidades básicas de un ciudadano medio que atenúa la responsabilidad criminal de los acusados... Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación de Julio, Pedro, Antonia e Isabel, contra la Sentencia recaída en los autos a que el presente Rollo se contrae, y consideramos concurrente en el delito de usurpación que se les imputa la circunstancia atenuante analógica a la eximente incompleta de estado de necesidad".

⁹²⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, S 9-10-2000, nº 76/2000, rec. 183/2000, Pte: Villamor Montoro, Pedro Roque (EDJ 2000/49025): "En principio, no existe inconveniente alguno en admitir, tal y como hace la sentencia recurrida, que concurren los requisitos de los números dos y tres del artículo citado. Pero el problema es la equiparación que hace entre su derecho a una vivienda digna tal y como le reconoce nuestra Constitución, y el derecho de propiedad de la titular del inmueble, la Junta de Andalucía, y que se dice no se está ejercitando conforme a la función social, sin duda atendiendo al principio consagrado en el art. 47 de la Constitución que impone a los poderes públicos, aquí la Junta de Andalucía, el deber de hacer factible ese derecho a vivienda digna de todo ciudadano... En principio, no podemos compartir la tesis del juzgador de primera instancia en la medida que en este caso en que la propietaria perjudicada es la Junta de Andalucía, viene a identificar las limitaciones que la función social impone a la propiedad privada (art. 33) con la obligación que tienen los poderes públicos de fomentar políticas de viviendas sociales (art. 47). Conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional de 26.3.1987 que sienta los precisos límites en que se ha de entender esas limitaciones que la función social impone a la propiedad privada el art. 33 citado, pues por un lado, se dice que aquélla delimitará el contenido de la propiedad de acuerdo con las leyes, y por otro, que nadie será privado de sus bienes "sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes". De aquí ya podemos extraer una primera conclusión, que no es otra que el régimen jurídico de la propiedad privada es único, al margen de la condición pública o privada de su titular, y que esa función social no supone desconocer esa propiedad privada, sino solo vendrá a acotar la extensión de las facultades que aquélla comprende, debiendo de existir un contenido esencial que siempre ha de ser protegido frente a cualquier ataque tal y como proclama el art. 53.1 de la Constitución. Ello nos conduce seguidamente a la existencia de un contenido esencial del derecho a la propiedad privada que ha de permanecer inmutable, comprendiendo en palabras de la citada sentencia las "facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito", todo ello en atención a las circunstancias de cada momento histórico, añadiendo seguidamente que ese núcleo de este derecho será "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". En este sentido, no cabe sino concluir que hechos como los aquí enjuiciados no pueden sino considerarse como atentatorios contra ese contenido esencial del derecho de propiedad, pues esa función social, hace referencia a intereses de la colectividad, no de un concreto ciudadano por muy necesitado que esté, y precisamente aquéllos a lo que conducirían serían, en su caso, a la expropiación, caso de ser un particular, con los trámites correspondientes, y en el caso que nos ocupa, pasaría por la inclusión de ese inmueble en un programa de política de viviendas sociales, con los requisitos que le son propios, y que, en cuanto a los particulares afectados, pasaría por el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, el de su solicitud, y el establecimiento de criterios de preferencias que aseguraran la mayor objetividad posible, que, desde luego, no se conseguiría con conductas del tipo de las que aquí tratamos, y que suponen sino un desconocimiento completo y absoluto del derecho de propiedad privada, esto es, también de su contenido esencial, y buena prueba de ello es su

- Pudo acudir a los servicios sociales⁹²¹.
- Pudo seguir viviendo como lo venía haciendo⁹²².

inclusión por parte del legislador como delito en el Código Penal de 1995. Se trata de conductas que en modo alguno pueden verse justificadas so pretexto de la necesidad de vivienda que sufren los acusados, pues se reconoce también el derecho a la propiedad privada, cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas. Aquí esa invasión de la propiedad privada se ha hecho sin cobertura legal, aun cuando no pueda considerarse que se trataba por aquéllos de apropiarse con carácter definitivo del local en cuestión... Del lado de los acusados y en relación al delito del art. 245.2 del Código Penal, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 2ª, 26.10.1998 "es esencia al mismo la inevitabilidad de un mal, es decir, que no se tenga otro medio de salvaguardar el peligro o mal que le amenaza, que infringiendo un perjuicio a daño a un bien jurídico ajeno, viéndose compelido a ello por agotarse todas las posibilidades de dar solución al mal, daño o perjuicio grave en que se encuentra, o está próximo o inmediato a padecer". En el caso de autos, *consta que los dos acusados junto con sus dos hijos menores han estado conviviendo un tiempo en casa de los padres de cada uno de ellos, aludiendo al gran número de personas que allí convivían y a las molestias y tensiones que ello ocasionaba, por otro lado, no consta que hayan solicitado la adjudicación de alguna de las viviendas sociales que pudieran promover los poderes públicos*, pese a que en sus declaraciones hagan mención a peticiones a través de terceras personas. De aquí se infiere que no puede afirmarse que los acusados no tuvieran más remedio que hacer lo que hicieron (sentencias del Tribunal Supremo de 8.6.1994 y 8.10.1996, entre otras) de tal modo que no haya otro medio menos lesivo de evitar el mal que amenaza, interpretándose que en los supuestos de penuria o estrechez económica, si no se acredita la inminencia y gravedad de la situación, y que al propio tiempo se han agotado los recursos sociales existentes para subvenir a tales situaciones, no puede hacerse aplicación de la situación como eximente (sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 2ª, 10.7.1998). En este sentido recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 15ª, de 19.1.1998 que la doctrina y la jurisprudencia vienen hablando de la "subsidiariedad" del estado de necesidad en el sentido de que el afectado por la situación de necesidad o de conflicto debe acudir a la ayuda estatal o de terceros antes de lesionar bienes jurídicos ajenos... Estas circunstancias excluyen, como dice la indicada sentencia de la A. Provincial de León que se pueda hablar de la eximente apreciada en la sentencia recorrida, pues no existe equilibrio entre los bienes en conflicto, derecho de propiedad y derecho a una vivienda digna, por más que se tratase de un simple local comercial sin más ornamentos ni instalaciones. Otro entendimiento de este problema supondría legitimar a la postre este tipo de conductas conculcando el derecho de propiedad en su más íntima esencia y que aun afectando a inmuebles de titularidad pública, supondrían el fin de esas políticas de viviendas sociales que deben desarrollar los poderes públicos, pues el necesitado acudiría a aquella vía antes de acudir a solicitar vivienda a los poderes públicos que cuando menos suponen un sistema homogéneo y objetivo de reparto de las viviendas que tenga a su disposición, y permite valorar la necesidad de cada solicitante, circunstancias que no concurren en conductas como las enjuiciadas, en que es el directamente afectado el que decide su estado de necesidad y elige el inmueble que ha de satisfacerla. Ahora bien, ello pese a excluir la eximente indicada, si permite hablar de la eximente incompleta correspondiente, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 2ª, de 3.9.1998, pues aun no existiendo equilibrio entre los bienes jurídicos en conflicto, es lo cierto que los acusados se encontraban en una situación lamentable".

⁹²¹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 19-11-2012, nº 515/2012, rec. 255/2012, Pte: González Rivero, Mª del Pilar (EDJ 2012/291067): "Por su parte, entiende correcto este Tribunal la aplicación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del estado de necesidad como eximente incompleta, y ello, pues efectivamente *no concurre el requisito de la subsidiariedad, toda vez que aunque los acusados no disponían de otros medios para atender tal situación con varios hijos menores y uno de ellos enfermo al que atender, y sin recursos suficientes para ello, bien hubieran podido acudir a los servicios sociales para atender tal contingencia, no constando que lo hubieran hecho*. Es por ello, que se ha aplicado correctamente la eximente incompleta, no pudiendo, en ningún caso ser de aplicación la eximente completa".

⁹²² Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-7-2001, nº 598/2001, rec. 225/2000, Pte: Celemin Porrero, José María (EDJ 2001/55362): "Su parte dispositiva contenía el siguiente Fallo: Que debo condenar y condeno a... como autores responsables de un delito de usurpación, con la concurrencia de la

- Cuando no se prueba que hayan sido negadas las ayudas sociales a las que resultan acreedores los acusados dada su precaria situación, y sencillamente resuelven ocupar alegando que no es justo que hubiera casas vacías⁹²³.
- Cuando no se ha acreditado el haber agotado todas las posibilidades de petición de ayuda pública o auxilio familiar y social⁹²⁴.

circunstancia modificativa eximente incompleta, de estado de necesidad... Finalmente alegan inaplicación del artículo 20.5 del Código Penal, al entender que concurría en los recurrentes la eximente completa de estado de necesidad; al estar acreditado su estado de indigencia y la precariedad de sus correspondientes familias y de ellos mismos, para evitar lo duro de la intemperie, su integridad física y psíquica e, incluso, para conservar la vida, de los hijos, se había producido un ataque a una posesión sin arraigo social... El último motivo del recurso es inestimable. *No hay prueba de que los acusados hubieran acudido a cualquiera de las Administraciones públicas en solicitud de vivienda, ni que solicitada y ante el tiempo transcurrido en resolver su petición, en uno o en otro sentido, hubiesen acudido a la ocupación de la vivienda para resolver su necesidad, ni tampoco que no pudieran seguir viviendo como lo venían haciendo, ni que hubieran sobrevenido nuevas circunstancias que los hubieran llevado a ocupar la indicada vivienda*".

⁹²³ Vid., Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 5-7-2013, nº 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316835): "Por último, se alega por la defensa que debe ser de aplicación la eximente completa de estado de necesidad, que el Juez "a quo" aplica en su forma incompleta, y que entiende la sala debe mantenerse, compartiendo sus acertados razonamientos, *resulta difícil entender en la época en que vivimos, aun reconociendo la situación difícil por la que atraviesan los condenados, que estos se vean abocados a violentar bienes jurídicos ajenos, cuando tampoco han probado que les hayan sido negados las ayudas sociales a las que resultan acreedores dada su precaria situación*, sencillamente resuelven hacer lo que hicieron, como pone de manifiesto el policía local que declaró, los encartados le dijeron que no era justo que hubieran casa vacías, es por ello que no debe ser apreciada en los términos interesados por la defensa".

⁹²⁴ Vid., Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 9-5-2014, nº 221/2014, rec. 503/2014, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2014/110053): "Frente a la sentencia que la condena como autora de un delito de usurpación de inmueble no violenta del artículo 245.2 del Código Penal, se alza la apelante Dª Vanesa aduciendo... una infracción del artículo 20.5 del Código Penal, pues el magistrado de la primera instancia debió aplicarle la eximente completa de estado de necesidad, en lugar de la incompleta... Estas conductas son típicas a la luz de su artículo 245. 2, no siendo factible argüir una posible inconstitucionalidad del precepto contraponiendo los artículos 33 y 47 de la Constitución Española EDL 1978/3879 y la función social que nuestra legislación atribuye a la propiedad. De esta forma el legislador ha creído pertinente dar una protección adicional en el ámbito penal a los derechos inherentes al dominio (y, por ende, a la posesión como uno de ellos) sobre los bienes inmuebles por razones de política criminal. Y es que el derecho a la vivienda digna se constituye en un principio rector de la vida social y económica y no en un derecho propiamente dicho cuya tutela pueda pedirse directamente ante los Tribunales como establece el artículo 53.3 de la Constitución. Significativa al respecto resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de abril de 2010, que en resumidas cuentas viene a decir que no puede escudarse la conducta delictiva enjuiciada en los artículos 33 y 47 de la Constitución Española invocados por la parte, porque si es evidente que el derecho a la vivienda digna es un derecho constitucional de naturaleza social, también lo es el derecho a la propiedad privada, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas. Por lo que no es justificable la conducta de ocupación, aun pacífica, de inmuebles desocupados bajo invocación del ejercicio del llamado "derecho social a una vivienda digna" reconocido en el artículo 47 de la Constitución. En el ámbito de la jurisdicción penal debe huirse de posibilismos y, más aún, de posicionamientos ideológicos. Esto no quiere decir, sin embargo, que las circunstancias y causas que hayan llevado a una persona o a ocupar un bien sean irrelevantes desde el punto de vista del Derecho Penal. El estado de necesidad y otro tipo de circunstancias personales, o conectadas con el hecho, que puedan llegar a eximir o a atemperar la pena por la vía de los artículos 20.5 y 66,

- Cuando no se constata una diligencia decidida por los acusados para buscar soluciones alternativas, de forma que, después de un periodo inicial donde la urgencia era más relevante, (por ser invierno) no agotaron posteriormente todas las posibilidades de asistencia social y de ayudas institucionales a lo largo del amplio espacio de tiempo transcurrido en el que permanecieron en la vivienda⁹²⁵.

respectivamente, del Código Penal pueden ser legítimamente invocados... Por último se ha de analizar ahora si, como invoca la apelante como segundo y último motivo de su recurso, procede la aplicación de la eximente completa de estado de necesidad por la situación de absoluta indigencia y penuria económica por la que ella y su familia atraviesa. No obstante, a propósito de esta invocación es conveniente antes, a modo de exordio, resumir la posición de la "jurisprudencia" sobre esta cuestión, que ha sido valorado por los tribunales, y no hay por qué negarlo, con encontradas sensibilidades sociales. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 12 de febrero de 2002, aprecia la eximente completa porque "(...) se trata de una caseta de campo únicamente cerrada con una cadena sujeta con un alambre, sin luz y agua corriente (...) siendo la falta de vivienda de los denunciados lo que les llevó a guarecerse allí". Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de abril de 2002, sólo apreció una simple atenuante analógica pese a encontrarse la acusada "haciendo frente ella sola a las necesidades propias y de su hijo de once meses al momento de la comisión de los hechos, y pese a que la Policía manifestó que no había en el interior de la vivienda sino un colchón que evidenciaba la precariedad de sus medios de vida". La más reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 9 de mayo de 2008 viene a negar el estado de necesidad porque "sin dejar de reconocer la precaria situación que razonablemente debe anudarse a quien ocupa una propiedad ajena para residir en ella, no existen pruebas que acrediten que no hubieran podido solucionar sus problemas acudiendo a instituciones públicas o privadas destinadas paliar tales situaciones de penuria". Finalmente, la aún más reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 10 de enero de 2011, y a propósito de la carga de la prueba de esta causa de justificación, establece que ésta "no puede deducirse, a modo de presunción, de las aparentes dificultades económicas por las que atravesaba la acusada, pues necesariamente ha de exigirse, además, que se hayan agotado todas las posibilidades que pudieran existir (sociales, asistenciales o de cualquier otra clase) para la solución del problema de la vivienda que le afectaba, lo que, en el caso analizado, no ha ocurrido" (criterio clásico empleado para observar la conducta del llamado hurto famélico). Pues bien, teniendo presentes los anteriores criterios, *la solución ofrecida por la sentencia combatida se estima de todo punto correcta y razonable. Y es que, sin desconocer la situación angustiosa de la familia de la Sra. Vanesa, ésta no ha acreditado el haber agotado todas esas otras posibilidades de petición de ayuda pública o auxilio familiar y social*".

⁹²⁵ Vid., Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 11-11-2014, nº 199/2014, rec. 200/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/277698): "Se plantea también en el recurso la infracción del artículo 20.5 del Código Penal, al no aplicarse el estado de necesidad como eximente completa, siendo que la resolución impugnada la aprecia como incompleta. El estado de necesidad requiere la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone (dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva) con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual (STS 10-2-2005 y 24-1-2008 entre otras). El Tribunal Supremo para delimitar la apreciación completa o incompleta de dicha eximente se centra en la proporcionalidad del mal causado, indicando en la Sentencia de 10 de febrero de 2005: "Si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente a favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta)". En idéntico sentido la STS de 6 de julio de 2011. Trasladados estos criterios al supuesto aquí enjuiciado, entendemos que si bien no estamos ante la eximente completa, sí resulta apreciable la incompleta como atenuante privilegiada del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.5 del Código Penal tal y como lo dictamina acertadamente la sentencia apelada. *Existía, (eso es cierto) una situación de necesidad en los acusados por cuanto se quedaron sin la vivienda que había sido su hogar al*

ser desahuciados de la misma, aunque contaban con algún recurso económico, (el IAI por 540 euros), siendo por tanto razonable entender que, contando con una hija menor de edad, en esa situación y sin disponer de otros medios a su alcance en esos momentos surgiera una necesidad de refugiarse en la vivienda para soportar los rigores del invierno y dar techo a la menor de edad. Así pues no se trata simplemente de estrecheces económicas sino de una verdadera situación angustiosa, estableciéndose el conflicto entre esos bienes jurídicos: por un lado, el de disponer de un espacio mínimo y ámbito elemental para desarrollar aspectos de la intimidad familiar y de asistencia a la menor, y de otro el derecho a la posesión por la propietaria que resultó ser una entidad bancaria, de forma que el mal producido de la ocupación en esas circunstancias no es superior al que se trataba de evitar. Ahora bien, esta situación de necesidad no se da en toda la amplitud que requiere la aplicación de la eximente completa por cuanto no se constata una diligencia decidida por los acusados para buscar soluciones alternativas, de forma que, después de ese periodo inicial donde la urgencia era más relevante, (al ser invierno) no se observa que hayan agotado todas las posibilidades de asistencia social y de ayudas institucionales a lo largo del amplio espacio de tiempo transcurrido en el que permanecen en la vivienda, por lo que no concurren todos los elementos del estado de necesidad completo". Otras resoluciones judiciales que aprecian la eximente incompleta de estado de necesidad, *Vid.*, Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 3-9-1998, nº 87/1998, rec. 87/1998, Pte: Jover Carrión, María (EDJ 1998/21534): "Además, la sentencia ha aplicado correctamente la eximente incompleta de estado de necesidad, atendiendo al conjunto de circunstancias negativas que concurren en los acusados, razón por la que no podría sustentarse dicha causa de justificación contemplada como el equilibrio entre bienes en conflicto, es decir, entre la ocupación de inmuebles abandonados (derecho a la propiedad) y derechos fundamentales como la vida y la integridad constitucionalmente protegidos, que se verían implicados de carecer de un lugar donde cobijarse los acusados y sus familias, pues el mandato constitucional encaminado a la obtención de una vivienda va dirigido a los organismos encargados de buscar soluciones para este problema social, pero no puede ser sustentado como eximente completa en este delito dirigido a preservar los derechos del propietario y del poseedor del inmueble. En consecuencia, deben ser desestimados los recursos formulados por los acusados". Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 12-7-2000, nº 254/2000, rec. 8/2000, Pte: López Millán, Antonio Eloy (EDJ 2000/47913): "Lejos del error valorativo de prueba que alegan los apelantes, el órgano jurisdiccional "a quo" ha ponderado y valorado, como dispone el art. 741 de la ley de Enjuiciamiento Criminal (en conciencia) todas las pruebas practicadas en el juicio oral bajo los parámetros de inmediación y contradicción, y de su resultado, con silogismo coherente y riguroso ha llegado al fallo condenatorio que ahora se intenta impugnar con la interposición de este recurso, en un intento vano, aunque explicable dentro del irrenunciable derecho de defensa, de sustituir el criterio imparcial y desinteresado del órgano judicial por el suyo necesariamente parcial e interesado". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 15-4-2002, nº 172/2002, rec. 124/2002, Pte: Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel (EDJ 2002/34503): "Se funda el recurso exclusivamente en la falta de aplicación de la eximente 5 del art. 20 del Código Penal de estado de necesidad pues la recurrente se encontraría en situación de necesidad al estar sola, con un hijo de corta edad y sin lugar adonde ir. Se alega además que no forzó la puerta y que no se ha practicado prueba que demuestre lo contrario. Su estancia fue por otro lado temporal, hasta que pudo solucionar su situación económica y finalmente, no provocó ella misma esa situación ni estaba obligada a sacrificarse. Subsidiariamente se solicita la aplicación como incompleta de dicha eximente. Se aduce su precaria situación económica pero la acusada no ofrece dato alguno que permita apreciar la situación de necesidad que alega. En efecto, María del Carmen ni siquiera asiste al Juicio para explicar los detalles de su situación económica y personal que le habrían movido a irrumpir en un inmueble ajeno. Tampoco ante el Juez aclaró dichos extremos (folio 20) pues sólo refirió cómo entró en la casa y que no pensaba abandonarla a menos que no tuviera más remedio. No puede prosperar la pretensión de la recurrente por cuanto que el legislador prevé expresamente el delito de usurpación para evitar (entre otras) situaciones como la creada por la acusada mediante la cual impide que el propietario del inmueble ocupado pueda destinarlo al fin para el que la construyó. Por ello solicitó el IVIMA el desalojo de la acusada pues como consta al folio 27 de las actuaciones, debía venderla al consorcio urbanístico "F." de Leganés en virtud de un convenio previamente suscrito y al parecer la situación de este inmueble produjo un retraso e incumplimiento de dicho convenio. Se observa por tanto que existe un tipo penal expresamente previsto que encaja perfectamente con la conducta realizada por la acusada. Es cierto que todos los españoles tiene derecho a una vivienda digna como proclama el art. 47 de la CE, pero en ningún caso puede estimarse que ese derecho otorgue el de privar a un tercero de la posesión de su inmueble y eventualmente de la propiedad si se mantiene en el mismo suficiente tiempo ocupándolo, pues según el texto constitucional sólo puede expropiarse por la Administración y a través del procedimiento establecido legalmente al efecto (art. 33.3 CE y STC 26-3-1987). En conclusión, carece de apoyo constitucional la pretensión de la recurrente y en

cuanto al respaldo por la ley ordinaria tampoco se encuentra en la eximente de estado de necesidad. En efecto, sus elementos son citados por el propio recurrente, por lo que resulta innecesario ahora su repetición, pero sí debe hacerse constar que la acusada se encuentra en tal situación procesal por forzar la puerta que existía en el acceso al inmueble, con lo cual se cumplen los requisitos del tipo aplicado en instancia, el art. 245.2 del Código penal... Esta misma Sección 15ª de la Audiencia Provincial ya se pronunció en un caso similar en una Sentencia de 19 de enero de 1998 en la que se razonaba que "Afirma el Tribunal de casación que para la aplicación de esa eximente es necesario que exista una situación de conflicto entre diversos males, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente comisor, pero siempre con la condición de que no exista otro remedio lógico y normal para evitar este último, siendo necesario que este mal que amenaza sea actual e inminente (SSTS 8-VI-1994 y 8-X-1996, entre otras)" y "...que el afectado por la situación de necesidad o de conflicto debe acudir a la ayuda estatal o de terceros antes de lesionar bienes jurídicos ajenos". Por tanto no se puede considerar concurrente un estado de necesidad. Ahora bien, de la mera lectura de la situación en que se encontraban los acusados se evidencia que *se trata al menos de una situación análoga a la de una eximente incompleta de estado de necesidad. En efecto, así lo ha entendido la jurisprudencia del T.S. pues en ocasiones en que la penuria económica se proyecta sobre la serenidad de juicio del sujeto, ha estimado la atenuante analógica en relación con la eximente incompleta de estado de necesidad* (S.T.S. 7 de mayo de 1991 y 2 de marzo de 1992) como medio de conseguir la adecuación entre la culpabilidad y la penalidad, de modo que si aquella esta disminuida, ésta ha de rebajarse en igual proporción" (S.T.S. núm. 75/1.999 de 26 de enero). En el presente supuesto el dato objetivo de encontrarse la acusada haciendo frente ella sola a las necesidades propias y de su hijo de 11 meses al momento de comisión de los hechos así como la manifestación de los agentes de Policía de que no había en el interior de la vivienda sino un colchón evidencia la precariedad de sus medios de vida. Se trata en definitiva de una lamentable situación de carencia o de posesión de muy escasas posibilidades de sustentar las necesidades básicas de un ciudadano medio que debe tomarse en consideración para atenuar la responsabilidad criminal... Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de María del Carmen contra la Sentencia recaída en los autos a que el presente Rollo se contrae en el sentido de estimar concurrente la instancia atenuante analógica a la eximente incompleta de estado de necesidad". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 28-5-2004, nº 234/2004, rec. 168/2004, Pte: Alhambra Pérez, María Catalina Pilar (EDJ 2004/279605): "En cuanto a los bienes jurídicos en conflicto, hemos de decir que uno es el derecho de propiedad de la EMV y su sistema de adjudicación ya que han manifestado los inspectores que ya tenían adjudicada dicha vivienda a otras personas. Por tanto, es el derecho de propiedad que tiene un ente público sobre los bienes de los cuales es titular y su sistema de adjudicación a personas titulares de esos derechos. Frente a este bien jurídico, nos encontramos con otro bien jurídico que no se puede plasmar de forma concreta y que no podemos reducirlo al derecho a la vivienda contenido en la Constitución, puesto que es un derecho social que no obliga a los poderes públicos sino en la medida en que las circunstancias sociales y económicas del país así lo permitan y que se ha de concretar en las ayudas necesarias a los más necesitados para que tengan unas condiciones mínimas de vida. Por tanto, es preciso ver cuál era el bien jurídico en conflicto con el derecho de la propiedad. Para ello es preciso volver sobre las circunstancias personales de la acusada. *Se trata de una persona de treinta años de edad con una hija que padece una minusvalía importante y que no tiene esposo o compañero que pueda ayudarla en su situación personal y familiar. La hija padece una estenosis de garganta y una traqueotomía. La acusada ha estado viviendo con su abuela, porque no tiene padres, y con los padres del padre de su hija, y de ambas casas ha sido expulsada porque, además de la unidad familiar principal, ya convivían en dichos domicilios otras unidades familiares. No se ha acreditado que en la vivienda ocupada por la acusada convivan más personas que hayan intentado aprovecharse de la situación de la acusada para obtener una vivienda*". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 26-2-2009, nº 101/2009, rec. 22/2009, Pte: Antón y Abajo, Antonio (EDJ 2009/66992): "Frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Getafe con fecha 20 de septiembre de 2008, por la que se condena a Margarita como autora responsable de un delito de usurpación del art. 245.2 del Código Penal, se alza su representación procesal a través de un único motivo de apelación, al considerar que debió aplicarse la eximente completa de estado de necesidad del art. 20.5º del Código Penal, frente a la apreciación realizada por el juez de instancia como eximente incompleta del art. 21. 1ª del mismo cuerpo legal. La eximente de estado de necesidad está regulada en el artículo 20.5ª del Código Penal: "Están exentos de responsabilidad criminal: 5º) El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero.- Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo.- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero.- Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse". Las

C) Estado de necesidad como atenuante analógica

La Jurisprudencia *menor* permite aplicar la atenuante analógica de estado de necesidad del artículo 21.7 en relación a los artículos 21.1 y 20.5 del Código Penal, ante

Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 19 de octubre de 1998, 29 de mayo de 1997 y 14 de octubre de 1996, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, dicen que son cinco los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: 1º) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo. 2º) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro. 3º) Que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que "a posteriori" corresponderá formular a los Tribunales de Justicia. 4º) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación. 5º) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar, conforme a la jurisprudencia citada, las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1º) La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2º) El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3º) Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. 4º) En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente. En el supuesto examinado, *la situación personal en la que se encontraba la acusada fundamenta fáctica y jurídicamente la aplicación de la circunstancia de estado de necesidad, pero como circunstancia eximente incompleta (art. 21. 1ª, en relación con el art. 20.5º del Código Penal), ya que no concurre el requisito de la subsidiariedad antes aludido, es decir, que la acusada, para evitar el mal personal y familiar que venía padeciendo, no tuviera otros mecanismos de solución diferentes a la lesión del bien jurídico tutelado en el art. 245.2 del Código. En efecto, como la propia acusada ha reconocido, acudió a los servicios sociales una vez que ocupó la vivienda. Asimismo, dio por supuesta la imposibilidad de intentar el alquiler de una vivienda o habitación ante de introducirse en el inmueble ocupado. Del mismo modo rechazó solicitar una vivienda de acogida. No pueden obviarse, finalmente, dos extremos relevantes: en primer término, que la acusada residía en la vivienda de una amiga, domicilio que abandonó porque aspiraba a obtener mayor independencia, marchando seguidamente al inmueble de la calle María Moliner; en segundo lugar, que la ahora recurrente cambió la cerradura de la vivienda, para lo que invirtió la suma de 120 euros y contrató los suministros de agua, luz y gas. Todo lo expuesto avala la corrección de la aplicación de la eximente incompleta realizada por el juez de instancia". Audiencia Provincial de Girona, sec. 4ª, S 14-5-2015, nº 277/2015, rec. 330/2015, Pte: García Morales, Adolfo (EDJ 2015/106544): "De todas formas tampoco podemos dar la razón a la parte recurrente acerca de que con la existencia de tres atenuantes se hubiera podido rebajar la pena en dos grados, dado que esa posibilidad prevista en el art. 66.1.2ª del Código Penal requiere de la concurrencia de "dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas". El efecto que se pretende no se aplica no por el número de atenuantes sino por su escasa cualidad, puesto que no podemos dejar de decir que el reconocimiento de una atenuante analógica al estado de necesidad se ha concedido por la generosidad como ha interpretado la prueba la Juzgadora, dado que la incomparecencia de la acusada, que le priva de relatar su situación compatible o asimilable o cercana o parecida al estado de necesidad, hace que dicha circunstancia quede improbadada. Por ello, solo la falta de recurso de la parte contraria sobre la cuestión es la que provoca su mantenimiento".*

“la precaria situación económica de los acusados que además deben hacerse cargo de un menor de dos años”⁹²⁶, y “debido a sus escasos recursos”⁹²⁷.

D) No apreciación del estado de necesidad

Aunque invocado de forma habitual el estado de necesidad como posible eximente completa del artículo 20.5º del Código Penal, con carácter general la Jurisprudencia *menor* rechaza tal alegación, pues, “*el estado de necesidad no puede convertirse en un subterfugio para dar lugar expansivamente a impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito*”⁹²⁸.

⁹²⁶ Vid., Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510): “En el presente supuesto el estado de necesidad no puede calificarse como eximente, ni completa ni incompleta, pues las circunstancias de los acusados no eran tan precarias como para justificar totalmente su conducta; así faltando su declaración en el acto del juicio y falta de documentación al respecto únicamente contamos con las declaraciones que prestaron los mismo en sede policial donde relataron desde el verano de 2009 no tenían trabajo, que únicamente contaban con la ayuda familiar de 420 euros que también se le agotaba al mes siguiente y que con anterioridad habían estado durmiendo con el hijo menor de dos años, en la calle en casas de amigos y con la madre de Trinidad en una pequeña cama. A los agentes de policía les manifestaron que no tenían dinero y que necesitaban una vivienda para dormir con su hijo; no se ofrecen datos concretos que justifique la necesidad imperiosa de invadir la propiedad ajena. Y no se acredita de ningún otro modo (informes sociales, documentación médica o familiar de todo tipo, testifical, etc.) que los acusados no tuviera otra opción que entrar en la vivienda ocupada para satisfacer la necesidad que alega. Ello no obstante *si se considera que la precaria situación económica de los acusados que además deben hacerse cargo de un menor de dos años, permite aplicar la atenuante analógica de estado de necesidad del artículo 21.7 en relación a los artículos 21.1 y 20.5 CP*”.

⁹²⁷ Vid., Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 8-3-2006, nº 161/2006, rec. 26/2006, Pte: Durá Carrillo, José Antonio (EDJ 2006/306521): “Es igualmente sabido el carácter absolutamente subsidiario que tiene la aplicación de dicha circunstancia, no basta en este caso con la situación de precariedad económica o incluso indigencia sino que es necesario acreditar que se han agotado otros remedios o recursos viables y menos perjudiciales antes de acudir a la vía de hecho que utilizó y por ello no se aprecia en la sentencia la eximente total, pero *si se aprecia una atenuante debido a sus escasos recursos, imponiéndole congruentemente con sus circunstancias económicas la sanción y cuota mínima establecida para el delito cometido*”.

⁹²⁸ Vid., Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 16-10-2012, nº 323/2012, rec. 189/2012, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2012/379875). En la misma línea argumentativa dispone la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 23-1-2012, nº 25/2012, rec. 346/2011, Pte: Esteban Meilán, María del Rosario (EDJ 2012/8647); “*El estado de necesidad es siempre una situación límite en el que el equilibrio, ponderación y ecuanimidad de los jueces ha de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido, para evitar la sanción de situaciones en que el sujeto actúa por móviles inexorables legítimos y para evitar impunidades inadmisibles con quiebra de la seguridad si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito*”. Con las mismas o similares palabras, Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 27-7-2004, nº 350/2004, rec. 262/2004, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 2004/275433); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 7-2-2013, nº 62/2013, rec. 404/2012, Pte: Porres Ortiz de Urbina, Eduardo de (EDJ 2013/30991); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 19-12-2013, nº 572/2013, rec. 423/2013, Pte: Porres Ortiz de Urbina, Eduardo de

Dos son los motivos usuales por los que se desestima la pretensión alegada: bien por considerar que no concurren la totalidad de sus requisitos esenciales, bien por no estar debidamente acreditados el cumplimiento de los mismos (extremo este último a tratar en el epígrafe siguiente).

En relación a los requisitos esenciales del estado de necesidad, es necesario:

- La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (de modo que su ausencia impide afirmar ya el presupuesto de su aplicación, así como de la eximente incompleta o de la atenuante analógica); y
- De otro lado se requiere (la Jurisprudencia ha venido considerándolo requisito esencial) la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infringir un mal al bien jurídico ajeno⁹²⁹.

(EDJ 2013/287519); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-3-2014, nº 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/38136); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 6-10-2014, nº 764/2014, rec. 1383/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2014/209831); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 14-5-2015, nº 213/2015, rec. 154/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2015/98373).

⁹²⁹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 28-6-2006, nº 431/2006, rec. 172/2006, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2006/366636): "Se alega por la apelante como único motivo de impugnación de la sentencia de instancia, la infracción por no aplicación de la eximente de estado de necesidad del artículo 20.5 o, en su caso, de la eximente incompleta del artículo 21.1, preceptos ambos del Código Penal; sobre ésta materia tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo (por citar alguna reciente, la sentencia de 28 de marzo de 2005) que: "El primero de los supuestos que exige la eximente de estado de necesidad, imprescindible para su aplicación como completa o como incompleta, es la existencia de un estado o situación de necesidad, que aparece como un conflicto entre dos bienes o intereses, de manera que para salvaguardar uno de ellos resulte imprescindible lesionar el otro. Para apreciar tal situación es preciso, en primer lugar, que el mal que amenaza la integridad del bien jurídico que se trata de salvar mediante la lesión del otro bien en conflicto, se presente como real, grave, actual o inminente, es decir, que sitúe al sujeto ante la necesidad de actuar para evitar la inmediata lesión, y que, en segundo lugar, se compruebe en la medida de lo posible que el autor ha agotado los medios alternativos que razonadamente puedan considerarse a su alcance para evitar el mal que amenaza, antes de acudir a la comisión del hecho delictivo. Por tanto, como se decía en la STS núm. 156/2003, de 10 de febrero, *"los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla como incompleta son: 1º) la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo* (Sentencia de 24 de noviembre de 1997, 1 de octubre de 1999 y 24 de enero de 2000). 2) *La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infringir un mal al bien jurídico ajeno* (Sentencias de 19 de octubre de 1998; 26 de enero y 6 de julio de 1999 y 24 de enero de 2000)". El estado de necesidad

se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, de modo que no puede tenerse en cuenta si el peligro ya ha pasado o se ha producido de manera irremediable, es decir, el mal ha de estar latente. Partiendo de la exigencia de gravedad e inminencia, no se estima en situación de angustia o estrechez económica, no siendo suficiente la mera situación de paro laboral, sin otras connotaciones. Es necesario que se actúe a instancia o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1.985, 21 de enero de 1.986, 17 de octubre y 6 de noviembre de 1.990, 30 de abril y 16 de julio de 1.991); pues bien en el presente caso, como acertadamente razona el Juzgador a quo, la ahora apelante no se ha molestado en probar los motivos del porqué abandonó el domicilio de sus padres, luego la situación de necesidad en principio ha sido provocada por ella misma, no ha acreditado su situación laboral, limitándose a decir que percibía un salario social, ni tampoco ha probado haber agotado otros medios o alternativas para salir de su situación de necesidad. Es más según declaró la Asistente Social D^a Celestina en el juicio oral: "se le informó de trabajos" y tampoco consta que tratara de conseguir los mismos e incluso se le ofertó dos meses de alquiler (tiempo durante el cual podía haber encontrado algún trabajo) pero tampoco lo aceptó, luego es claro que no concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos para poder apreciar la mencionada eximente bien completa o bien incompleta, por lo que se ha de desestimar el recurso planteado y confirmar por sus propios fundamentos la sentencia de instancia". Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3^a, S 28-9-2007, n^o 158/2007, rec. 207/2007, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2007/284763): "El "estado de necesidad", exigible como mínimo presupuesto de su apreciación, sea como eximente completa del artículo 20.5 del Código Penal, o como eximente incompleta con valor de atenuante del artículo 21.1^o del Código Penal, supone siempre la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. *Dos son las exigencias que tal conflicto comporta: A) de un lado es necesaria la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997; 23 de enero, 27 de abril, 14 de mayo y 19 de octubre de 1998; 26 de enero, 20 de mayo, 7 de junio, 6 de julio y 1 de octubre de 1999; y 24 de enero de 2000); B) de otro lado se requiere la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas (Sentencia de 3 de octubre de 1996), siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (Sentencias de 19 de octubre de 1998; 26 de enero, 20 de mayo, 7 de junio, 6 de julio, 13 de septiembre y 1 de octubre de 1999; y 24 de enero de 2000). Es decir, se exige una situación de necesidad actual, inminente y grave y la imposibilidad de resolverlo por otros medios. Y, a tenor de lo que resultó probado no se aprecia, en contra del legítimo pero interesado alegato de los recurrentes, esa necesidad inminente y grave de ocupar ilícitamente la vivienda en cuestión, pues, como acertadamente sostiene la sentencia apelada, consta en autos informe sobre la situación familiar de los acusados, en el que expresamente se les reconoce un apoyo de la familia extensa, sin que se haya probado la alegación de los acusados sobre que dicha familia (los padres de alguno de ellos o algún otro familiar) no podía atender ni siquiera de manera provisional sus necesidades de vivienda (pues efectivamente tenían solicitada la adjudicación de una de promoción pública, solicitud que fue atendida con posterioridad). La apreciación de la circunstancia eximente que analizamos exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, y si, como apuntábamos, resulta de lo actuado que, *al menos, existía alguna posibilidad de atención por la familia, o incluso a través de algún tipo de ayuda pública, no podemos aplicar la eximente invocada.* Tampoco se estima que pueda aplicarse la eximente incompleta con valor de atenuante, pues las circunstancias en las que se encontraban los acusados son asimilables a las de otra muchas personas que sí solicitan la vivienda por los cauces legales y se encuentran a la espera de su adjudicación, pues el hecho de tener un hijo menor de edad no justifica ni siquiera de forma incompleta la aplicación de dicha eximente, en tanto se puede acudir a otro tipo de ayudas proporcionan los organismo públicos, sin necesidad de utilizar los medios ilícitos, y, como se decía, contaban los acusados con el apoyo de su familia. No se aprecia, por tanto, la necesidad de obrar de modo ilícito en tanto no aparece suficientemente probado que no tuvieran los acusados otra solución alternativa para solventar su situación de estrechez económica. El recurso debe, por tanto, ser*

Diversas resoluciones judiciales no consideran que se esté en presencia de un mal “justificante”, por no concurrir las notas antedichas, cuando:

- Se está divorciado⁹³⁰.

desestimado”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 3ª, S 26-11-2004, nº 329/2004, rec. 201/2004, Pte: Gil Marqués, Mª ángeles (EDJ 2004/249493): “Por lo que al elemento de la “necesidad” se refiere, ya hemos apuntado antes que la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2001 señala que “El “estado de necesidad”, exigible como mínimo presupuesto de su apreciación, sea como eximente completa del artículo 20.5 del Código Penal, o como eximente incompleta con valor de atenuante del artículo 21.1º del Código Penal, supone siempre la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. *Dos son las exigencias que tal conflicto comporta: A) de un lado es necesaria la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo* (Sentencias de 24 de noviembre de 1997 [RJ 1997/8933]; 23 de enero [RJ 1998/52], 27 de abril [RJ 1998/4134], 14 de mayo [RJ 1998/3438] y 19 de octubre de 1998 [RJ 1998/8092]; 26 de enero [RJ 1999/825], 20 de mayo [RJ 1999/3381], 7 de junio [RJ 1999/5545], 6 de julio [RJ 1999/5634] y 1 de octubre de 1999 [RJ 1999/8337]; y 24 de enero de 2000 [RJ 2000/209]; B) de otro lado se requiere la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas (Sentencia de 3 de octubre de 1996 [RJ 1996/7046], siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (Sentencias de 19 de octubre de 1998; 26 de enero, 20 de mayo, 7 de junio, 6 de julio, 13 de septiembre [RJ 1999/7189] y 1 de octubre de 1999; y 24 de enero de 2000). A partir de tales exigencias, condicionantes siempre del estado de necesidad, como eximente o como atenuante, los restantes requisitos legales del artículo 20.5º, lo son para la apreciación de la total exención, y por ello su ausencia contrae su efecto a la exclusión de la eximente plena, sin perjuicio de su apreciación como incompleta con valor atenuatorio (art. 21.1º). Tal es el caso de las tres exigencias que afectan a la jerarquía de los bienes entre sí, la no provocación del conflicto por el sujeto, y la ausencia de una obligación de sacrificio”. Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 31-10-2008, nº 630/2008, rec. 252/2008, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2008/379768): “A mayor abundamiento se ha de decir que: “Es “estado de necesidad”, exigible como mínimo presupuesto de su apreciación, sea como eximente completa del artículo 20.5 del Código Penal, o como eximente incompleta con valor de atenuante del artículo 21.1º del Código Penal, supone siempre la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. *Dos son las exigencias que tal conflicto comporta: A) de un lado es necesaria la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo* (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997, 23 de enero, 27 de abril, 14 de mayo y 19 de octubre de 1998; 26 de enero, 20 de mayo, 7 de junio, 6 de julio, 1 de octubre de 1999; y 24 de enero de 2000); B) de otro lado se requiere la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas (Sentencia de 3 de octubre de 1996), siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infringir un mal al bien jurídico ajeno (Sentencias de 19 de octubre de 1998; 26 de enero, 20 de mayo, 7 de junio, 6 de julio, 13 de septiembre y 1 de octubre de 1999; y 24 de enero de 2000)””.

⁹³⁰ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 29-10-2002, nº 387/2002, rec. 328/2002, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2002/101204): “Invocada la eximente de estado de necesidad con exposición de los requisitos exigidos por la misma, existe una falta de pruebas en cuanto al presupuesto básico: la pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno que origine una situación de peligro con la

- Se tienen hijos menores a su cargo⁹³¹.

consiguiente necesidad de lesionar un bien jurídicamente protegido o de infringir un deber, TS 2ª 19 de octubre de 1998. Con excepción de la alusión al marido de la recurrente los razonamientos de la sentencia de instancia son plenamente compartidos, *sin que se alcance a comprender la afirmación de encontrarse Estela divorciada*”.

⁹³¹ Vid., Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 28-9-2007, nº 158/2007, rec. 207/2007, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2007/284763): “Y, a tenor de lo que resultó probado *no se aprecia, en contra del legítimo pero interesado alegato de los recurrentes, esa necesidad inminente y grave de ocupar ilícitamente la vivienda en cuestión, pues, como acertadamente sostiene la sentencia apelada, consta en autos informe sobre la situación familiar de los acusados, en el que expresamente se les reconoce un apoyo de la familia extensa*, sin que se haya probado la alegación de los acusados sobre que dicha familia (los padres de alguno de ellos o algún otro familiar) no podía atender ni siquiera de manera provisional sus necesidades de vivienda (pues efectivamente tenían solicitada la adjudicación de una de promoción pública, solicitud que fue atendida con posterioridad). La apreciación de la circunstancia eximente que analizamos exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, y si, como apuntábamos, resulta de lo actuado que, *al menos, existía alguna posibilidad de atención por la familia, o incluso a través de algún tipo de ayuda pública, no podemos aplicar la eximente invocada*. Tampoco se estima que pueda aplicarse la eximente incompleta con valor de atenuante, pues *las circunstancias en las que se encontraban los acusados son asimilables a las de otra muchas personas que sí solicitan la vivienda por los cauces legales y se encuentran a la espera de su adjudicación, pues el hecho de tener un hijo menor de edad no justifica ni siquiera de forma incompleta la aplicación de dicha eximente, en tanto se puede acudir a otro tipo de ayudas proporcionan los organismo públicos, sin necesidad de utilizar los medios ilícitos, y, como se decía, contaban los acusados con el apoyo de su familia*. No se aprecia, por tanto, la necesidad de obrar de modo ilícito en tanto no aparece suficientemente probado que no tuvieran los acusados otra solución alternativa para solventar su situación de estrechez económica. El recurso debe, por tanto, ser desestimado”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 23-9-2004, nº 396/2004, rec. 289/2004, Pte: Alhambra Pérez, María Catalina Pilar (EDJ 2004/278352): “Se alega en segundo lugar la aplicación de la eximente completa de estado de necesidad ya que la recurrente es madre de dos hijos y se encontraba viviendo en la calle puesto que sus padres habían fallecido y no encontró otra salida más que acudir a dicha vivienda, alegando que apoyan los vecinos dicha ocupación por el estado en que en se encontraba con anterioridad a la entrada de la acusada en la misma y que las viviendas del IVIMA se entregan a personas necesitadas y la condenada es una persona que estaba necesitada de una vivienda pero nunca se le entregará una, propiedad del IVIMA, porque es una "ocupa". Es cierto que la acusada es madre de dos niños, nacido uno el doce de mayo de 1999 y el otro el 18 de noviembre de 2001 (folio 38) y que la acusada no ha trabajado, según consta en el informe de la Seguridad Social, obrante a los folios 32 y 33. La recurrente manifiesta que no tiene padres y no tiene donde ir con sus dos hijos y que estaba viviendo en la calle. Estos extremos no los prueba. Frente a estas alegaciones vemos que el padre de los niños menores es Félix, desconociéndose oficio, trabajo e ingresos de éste. Además la acusada nació en el año 1977, luego se encuentra en edad laboral y ha realizado los contratos de luz y agua con las respectivas compañías, de lo que se infiere que está pagando los respectivos consumos. El estado de necesidad exige la concurrencia de una serie de elementos, que son: realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional o familiar; podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico; y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable (STS 21-1-1986). Las SSTS 1125/2000 y 1662/2000 dicen que "por ello se extrema la exigencia del estado de necesidad actual e inminente, y también la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros medios". Es decir, se exige una situación de necesidad actual, inminente y grave y la imposibilidad de resolverlo por otros medios. *En los hechos que se recogen y que quedan probados en la sentencia la única situación de necesidad es la maternidad de dos hijos de corta edad, desconociéndose la situación del padre respecto a los mismos. Por lo demás la recurrente se encuentra en edad laboral, no está incapacitada para ello, ha contratado luz y agua abonando los respectivos importes y pudo solicitar una vivienda del IVIMA, lo cual no realizó llevando a cabo la*

acción antijurídica. Por todo ello no se considera de aplicación la eximente completa de estado de necesidad. En cuanto a la aplicación de la eximente incompleta, tampoco se estima, pues las circunstancias en las que se encuentra la condenada no son de especial gravedad respecto a otras muchas personas que sí solicitan la vivienda por los cauces legales y se encuentran a la espera de su adjudicación, *pues el hecho de ser madre de dos hijos de corta edad, no justifica ni siquiera de forma incompleta la aplicación de dicha eximente, pues la acusada puede acudir a otro tipo de ayudas para ella y los menores que proporcionan los organismo públicos, sin necesidad de utilizar los medios ilícitos.* Es más, la acusada solamente ha alegado que hace tiempo que no ve al padre de sus hijos y que sus padres han fallecido manifestando en la declaración ante el Juzgado de Instrucción que la vivienda se la alquiló un gitano por 20.000 pesetas al mes, lo cual no concuerda con el estado de necesidad alegado. Por todo ello, este motivo también ha de ser desestimado”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 12-4-2007, nº 390/2007, rec. 15/2007, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2007/122728): “Sostiene la parte recurrente que debió apreciarse la circunstancia eximente de estado de necesidad previsto en el núm. 5 del art. 20 del C. Penal ya que los acusados son una pareja que tiene tres hijos, no tienen trabajo ni lugar donde vivir (pretendiendo de esta forma la aplicación de una circunstancia no alegada en la instancia, lo que sería ya causa suficiente para desestimar esta alegación al no poderse plantear en la alzada cuestiones no sometidas a la consideración del Juzgador de la instancia). En todo caso, sobre este particular lo único que está acreditado es que tienen tres hijos, puesto que así lo han admitido los testigos, pero no han tratado de acreditar ninguna otra de las circunstancias que refieren. Para poder apreciar la circunstancia eximente de estado de necesidad es necesario que se trate de evitar un mal real, grave e inminente y que no pueda resolverse esa situación de necesidad por otros medios. En este caso, como ya se ha dicho, *no consta más que los acusados tienen tres hijos pero no han tratado siquiera de acreditar que carezcan de ingresos de cualquier tipo, que sean demandantes de empleo o que hayan solicitado alguna vivienda al organismo oficial encargado de facilitarlas a precio asequible a las familias con recursos escasos, por lo que en ningún caso puede apreciarse la circunstancia invocada*”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 17-9-2009, nº 458/2009, rec. 148/2009, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2009/353624): “Sostienen los recurrentes que es de aplicación, el estado de necesidad, debido a que se trata de dos personas de escasos recursos y tiene un hijo pequeño, no poseyendo una vivienda donde residir, encontrándose la vivienda ocupada abandonada cuando entraron en la misma a vivir. No procede la estimación del recurso interpuesto pues no es de aplicación ni la eximente completa o incompleta de estado de necesidad ya que los recurrentes parten de la idea de que el derecho a la vivienda es un derecho absoluto que se puede cumplir a costa de la vivienda y la propiedad de los demás, siendo en este caso la titular la Junta de Andalucía. No corresponde a los particulares ejecutar el mandato constitucional de que todos tienen derecho a una vivienda digna, sino a los poderes públicos y para ello existen los cauces legales. No puede ser obligado ningún propietario de vivienda ya sea persona particular o pública a dejar que la vivienda le sea ocupada por terceras personas en contra de su voluntad y con el uso de la fuerza necesaria para instalarse en ella. La ausencia de deber de sacrificio no es del ocupante, sino del titular de la vivienda, que no tiene por qué perder su derecho de posesión añadido a la propiedad de la que es titular por la ocupación arbitraria y aleatoria de un tercero, que puede acudir a las vías adecuadas para solicitar una vivienda de las administraciones públicas en las mejores condiciones posibles. Por otra parte, *el hecho de ser padres de una hija menor de edad, con dificultades económicas por la falta de empleo no es impedimento para tratar de obtener una vivienda por otros cauces legales, por lo que no se cumplen ninguno de los requisitos exigidos en el artículo 20.5 CP, ni como eximente completa ni incompleta.* Tampoco, no se ha acreditado por los recurrentes que hayan agotado todas las posibilidades para resolver su situación, subjetivamente difícil, ni que la comisión del delito por el que se le ha juzgado sea la única vía para resolverla”. Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 16-10-2012, nº 323/2012, rec. 189/2012, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2012/379875): “Se invoca un estado de necesidad, como posible eximente completa del art. 20 del Código Penal. Desde luego, *el estado de necesidad no puede convertirse en un subterfugio para dar lugar expansivamente a impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 enero 1999).* Las Sentencias de 29 de mayo de 1997, 9 y 27 abril 1998 y 20 mayo 1999, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, aclaran por ello los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le

amenaza sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente. (SAP de Madrid de 4 de diciembre de 2002 y 18 de diciembre de 2006 y STS de 19 de octubre de 1998). *En el caso de autos, se trata de un matrimonio que contaba con una niña de corta edad y que entró en una vivienda a residir lo que, obviamente, no puede dispensar de responsabilidad penal ni atenuarla en forma alguna, al menos sin otros datos añadidos debiendo reconocerse que en línea de principio no parece fácilmente admisible un genérico derecho a una vivienda digna reconocido en la C.E. para justificar la comisión de conductas desviadas de tipo que se analiza*". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 3-2-2015, nº 172/2015, rec. 53/2014, Pte: Llarena Conde, Pablo (EDJ 2015/52903): "Igual desestimación merece la pretensión absolutoria asentada en la concurrencia de una eventual eximente de estado de necesidad del artículo 20.5 del código penal. La circunstancia excluyente de la culpabilidad precisa de una pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno que imponga la necesidad de lesionar un bien jurídico de otro, lo que no puede predicarse de la acusada, habida cuenta de que *por más que se encontrara en situación de desempleo y con una hija a su cargo, debe constatar que la ocupación del inmueble se ha extendido (con expresa y conocida oposición de la propietaria) durante varios años, sin que la defensa justifique el eventual fracaso de una acción alimentaria prevista en los artículos 142 y ss. del código civil y obviando además que la acusada ha percibido (durante la práctica totalidad del periodo de ocupación completa de la vivienda) una ayuda asistencial de 398 euros mensuales, más otros 120 euros mensuales por cuidado de hijo*". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 14-5-2015, nº 213/2015, rec. 154/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2015/98373): "De forma subsidiaria se alega en el recurso infracción de precepto legal por inaplicación de un estado de necesidad bien como eximente completa bien como incompleta o como atenuante, argumentando en apoyo de esta pretensión la precaria situación económica y social de la acusada quien tiene un hijo menor a su cargo y quien de hecho ha sido declarada insolvente por el Juzgado de Instrucción, lo que habría justificado su actuación. Pues bien, la jurisprudencia se ha decantado en sentido negativo señalando (Sentencia de 1 de octubre de 1999) que el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieuximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiada pues no en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica. Cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: a) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que "a posteriori" corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y e) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos y refiriéndonos a las situaciones de estrechez económica la jurisprudencia viene exigiendo no sólo acreditar cumplidamente la situación de necesidad sino justificar que se ha acudido a las instituciones de protección social y que no existe otro modo menos lesivo para hacer frente a una situación de necesidad angustiosa. *Lo que en este caso no ha sucedido, pues ni se ha probado la situación de extrema necesidad de la acusada (tan sólo que es madre de un niño y que ha sido declarada insolvente) ni que haya instado algún tipo de ayuda social y que sus peticiones hayan sido desatendidas, razón por la que no cabe apreciar la eximente interesada*". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 29-5-2015, nº 229/2015, rec. 1652/2014, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2015/147231): "Refiriéndonos a las situaciones de estrechez económica la jurisprudencia viene exigiendo no sólo acreditar cumplidamente la situación de necesidad sino justificar que se ha acudido a las instituciones de protección social y que no existe otro modo menos lesivo para hacer frente a una situación de necesidad angustiosa. Lo que en este caso no ha sucedido, pues *ni se ha probado la situación de extrema necesidad de la acusada (tan sólo que es madre de cuatro hijos, que no es beneficiaria de prestación o subsidio de desempleo y que recibe como renta mínima de inserción la cantidad de 532,51 euros) ni que haya instado algún tipo de ayuda social y que sus*

- Se carece de ingresos y se tienen hijos enfermos⁹³².
- Existen unas condiciones socialmente adversas⁹³³.
- El acusado se encuentra en la mera situación de paro laboral sin otras connotaciones⁹³⁴.

peticiones hayan sido desatendidas, razón por la que, conforme se expone en la sentencia recurrida, no cabe apreciar la eximente interesada”.

⁹³² Vid., Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 1-12-2010, nº 783/2010, rec. 343/2010, Pte: Hernández Rueda, María Dolores (EDJ 2010/347812): “Se alega eximente de estado de necesidad en el recurso que fue igualmente objeto de alegación en el acto del juicio, y expresamente desestimado por la sentencia recurrida, en aplicación de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2.008. *La situación de hecho referida por los acusados, relativa a la carencia de ingresos y tener dos hijos con dependencia severa; no es constitutiva de estado de necesidad eximente*, puesto que este según el artículo 20.5 del CP el que “para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1º. Que el mal causado no sea mayor que el que se intente evitar. 2º Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3º Que el necesitado, no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. La situación de los acusados no reúne los caracteres expuestos, ya que *para que se entienda que concurre la misma es imprescindible el agotamiento de la vías legítimas para la salvación de un bien, esto es considerando la situación que se encuentran de precariedad económica, los mismos pudieron recurrir a las instituciones públicas o de asistencia de necesitados tanto públicas como privadas para subvertir sus necesidades sin recurrir al desapoderamiento ilícito del bien inmueble de otra persona*. En consecuencia procede la desestimación del segundo motivo alegado”.

⁹³³ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432): “En cuanto a la segunda de las cuestiones suscitadas y así la invocación en esta instancia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del estado de necesidad, como eximente completa o incompleta o atenuante, la misma se sustenta en el escrito de recurso en las condiciones socio-familiares de la acusada. Este motivo de recurso tampoco merece su estimación. Efectivamente comprende este Tribunal la honda preocupación de la recurrente ante la situación que puede desencadenar la obligación para la misma de restituir el bien ocupado a su legítimo propietario, pero como argumenta la sentencia impugnada, *de las manifestaciones de la acusada en el juicio oral, de las que sin duda se desprenden unas condiciones socialmente adversas, no se deduce una imposibilidad de proceder a buscar otro tipo de solución que no comprometiese el bien ocupado, que por otro lado ha de estar a disposición de otras necesidades sociales igualmente legítimas y constatadas por la titular del bien a través de los correspondientes cauces que derivan de oportuno procedimiento de acuerdo a derecho y no por la vía de hecho utilizada por la acusada*. Las circunstancias que concurren en el caso de edad laboral de la acusada, de concurrencia de pareja igualmente en edad laboral, así como de existencia de familiares y allegados que pudiesen prestarle asistencia al igual que a sus hijos, hace que no resulte justificada, por las mismas razones que se explicitan en la sentencia recurrida, la apreciación de la causa de justificación invocada. Debe desestimarse igualmente este motivo de recurso”.

⁹³⁴ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 30-4-2003, nº 150/2003, rec. 26/2003, Pte: Fabiá Mir, Pascual (EDJ 2003/98377): “Ahora bien, la esencia del estado de necesidad , tanto en su versión completa como incompleta, radica en la inevitabilidad del mal, es decir que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que infringiendo un mal al bien jurídico ajeno, de modo que si el mal causado es menor que el que se trata de evitar (ataque a la propiedad de otro para conservar la vida, integridad física o salud propios como más típico), estaremos ante una causa de justificación y si hay paridad entre ambos bienes jurídicos tutelados estaremos ante una causa de inculpabilidad, conforme a la teoría diferenciadora del estado de necesidad , predominante en la doctrina. Supuesta aquella situación de necesidad como elemento esencial, el mal que amenaza ha de ser actual o inminente. Asimismo, respecto del acto necesitado, además de ser inevitable, conforme a la misma esencia de la eximente, ha de ser proporcionado (vid. SSTs 28-9-1989, 20-3-1991, 29-5-1997 ó 19-10-1998). El estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, de modo que no puede tenerse en cuenta si el peligro ya ha pasado o se ha producido de manera irremediable, es decir, el mal ha de estar latente. Partiendo de la exigencia de gravedad e inminencia, no se estima en situación de angustia o estrechez económica, no

siendo suficiente la mera situación de paro laboral sin otras connotaciones. Es necesario que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico; y- que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable (vid. SSTs 9-12-1985, 21-1-1986, 17-10-1990, 6-11-1990, 30-4-1991 o 16-7-1991). En Julieta, sin embargo, no se dan los requisitos exigidos por el estado de necesidad, tal y como se desprende de la prueba practicada, por lo que no ha habido error en la valoración efectuada por el juez de instancia y esta Sala comparte la conclusión inculpatória expresada en la sentencia del Juzgado de lo Penal”. Audiencia Provincial de León, sec. 2ª, S 26-10-1998, nº 75/1998, rec. 5068/1998, Pte: Amezcua Martínez, Miguel Ángel (EDJ 1998/31692): “Tampoco puede ser estimado el tercero de los motivos opuestos por los apelantes en su recurso, concretado a la concurrencia de la eximente de estado de necesidad definida en el apartado 5º del art. 20 del vigente Código Penal. Y ello, porque las circunstancias de necesidad que invocan los apelantes en orden a no tener ningún lugar donde cobijarse, no tener acceso a ningún tipo de vivienda de promoción oficial, *carecer de ingresos económicos suficientes para adquirir o alquilar una vivienda, no pueden sin más, ser suficientes para apreciar tal estado de necesidad*. Pues es esencia al mismo la inevitabilidad de un mal, es decir, que no se tenga otro medio de salvaguardar el peligro o mal que le amenaza, que infringiendo un perjuicio o daño a un bien jurídico ajeno, viéndose compelido a ello por agotarse todas las posibilidades de dar solución al mal, daño o perjuicio grave en que se encuentra, o está próximo o inmediato a padecer. Cuestión esta de dejar constancia de que los apelantes no tenían otra solución, que la de proceder del modo antijurídico en que lo hicieron, que no probaran, limitándose a invocar su situación de precariedad, penuria e indigencia; teniendo que haber optado, al menos, a haber puesto su situación en conocimiento de las entidades públicas o privadas correspondiente, y solicitado la adopción de las medidas oportunas para prestárseles la correspondiente ayuda a solución procurarles un lugar adecuado en donde vivir; y haber agotado, así, los medios o recursos, lógicos y razonables, para que no hubiera habido otra solución, que la de entrar y permanecer en el inmueble sin contar con la autorización que ocuparon correspondiente”. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 17-7-2014, nº 329/2014, rec. 635/2014, Pte: Astor Landete, Joaquín (EDJ 2014/195768): “El segundo motivo se articula sobre la base del estado de necesidad, circunstancia contemplada en el artículo 20.5 del Código. El estado de necesidad exige la existencia de un conflicto de intereses jurídicos entre los que prima el satisfecho por la acción del sujeto sobre el sacrificio por mor de aquel. Por consiguiente la acción típica se debe revelar como la única forma proporcionada de evitar el mal mayor. La jurisprudencia viene exigiendo para configurar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que existe un peligro real y objetivo, inminente y grave para el bien jurídicamente protegido (STS 233/2002, de 15 de febrero y 159/2002, de 8 de febrero); que medie la necesidad de lesionar un bien jurídico, al no poder solventarse el conflicto por otros medios; que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar (como ya se fundamentó por el Tribunal Supremo en sentencias 1026/2003, de 11 de julio y 873/2003, de 13 de junio); que el mal a evitar no haya sido provocado o causado intencionadamente por el sujeto y que el sujeto no esté obligado por razón de su cargo u oficio a asumir la carga del mal (S.TS. 1146/09, de 18 de noviembre y 359/08, de 19 de junio). *En el caso que nos ocupa se afirma el estado de necesidad por el hecho de carecer de rentas. Ni tal circunstancia cumpliría el requisito de ponderación de intereses en conflicto, ni consta acreditada dicha circunstancia en juicio*. La concurrencia de dicha circunstancia, tanto si opera como eximente, como si lo es por atenuante, ha de probarse con la misma intensidad que el hecho principal, tal y como ya hemos expuesto (STS 19 de marzo de 2.004 y 15 de enero de 2.004), prueba que incumbe a quien la alegue, como circunstancia impeditiva u obstaculizadora de la responsabilidad criminal (STS 196/05, de 22 de febrero, 8 de mayo de 2001 y 8 de mayo de 2000)”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 15-1-2015, nº 21/2015, rec. 1775/2014, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2015/15362): “Por otra parte, en la sentencia de la instancia se razona, con argumentos que este Tribunal comparte plenamente, que no puede apreciarse ninguna circunstancia que exima o atenúe la responsabilidad criminal en que ha incurrido el ahora recurrente y el apelante nada nuevo alega en su recurso más que su voluntad de *que le sea apreciada una situación de estado de necesidad derivada de su situación de desempleo es precisamente lo analizado en la sentencia de la instancia para rechazar la apreciación de la misma*”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 2-6-2015, nº 153/2015, rec. 15/2015, Pte: López Pujante, José Francisco (EDJ 2015/103132): “*El hecho de que el acusado carezca de recursos económicos y de vivienda, no lleva, sin más, a deducir la concurrencia de un estado de necesidad que suponga una exención o reducción de la responsabilidad penal*, pues como viene declarando reiteradamente la jurisprudencia en casos similares, se exige una prueba cumplida de que el acusado no

- Se trata de mera estrechez económica más o menos agobiante sin otras circunstancias concomitantes⁹³⁵.

tenía a su disposición otra posibilidad de ayuda, de tal modo que se agotaran los medios disponibles de asistencia social para procurarse un sustento básico, y nada se ha intentado acreditar en este sentido”.

⁹³⁵ Vid., Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 17-12-2012, nº 418/2012, rec. 1045/2012, Pte: Trebolle Fernández, Feliciano (EDJ 2012/318684): “Respecto a la concurrencia de ésta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, es reiterada la jurisprudencia y la doctrina de éste mismo Tribunal que indican que el estado de necesidad se caracteriza por su objetividad y su inmediatez. Como toda circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, ha de estar plenamente probada. No es de aplicación en esta materia el principio “in dubio pro reo”. Para la estimación del estado de necesidad se requiere la prueba del mismo y que el mal sea latente, no pudiendo tenerse en cuenta si el peligro ya ha pasado. *No se estima en situación de mera angustia o estrechez económica, ni tampoco en situación de paro laboral sin más connotaciones*”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 18-3-2009, nº 147/2009, rec. 43/2009, Pte: Moreno Jiménez, Luis Miguel (EDJ 2009/222917): “Y, en segundo lugar (en relación a la inaplicación de la eximente de estado de necesidad contenida en el artículo 20.5 del Código Penal), porque, por un lado, exigiendo el precepto de que se trata la intención de evitar un mal propio o ajeno y que el mismo sea de mayor entidad que el causado, no se ha acreditado la situación de necesidad que se alega pues sólo se ha aportado en el acto del juicio el Libro de Familia e invocado, exclusivamente, sin tampoco demostrarlo, las condiciones de la vivienda en la que se dice vivían los acusados en la Barriada de la Palma-Palmilla y, en razón, por otro lado, a que, como ha exigido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el estado de necesidad debe ser objetivo e inminente (ex sentencia de 21 de enero de 1986), *no estimándose como grave e inminente la situación de angustia o estrechez económica* (ex sentencias de 17 de octubre de 1990 y de 16 de julio de 1991), como, al parecer, constituye la razón de la acción de los recurrentes”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 30-3-2006, nº 416/2006, rec. 269/2005, Pte: Cardenal Montraveta, Sergi (EDJ 2006/292412): “La situación de los recurrentes no era, seguramente, la mejor de las posibles, pero tampoco cabe afirmar la presencia o inminencia de un mal que pudiera permitir la producción, conforme a Derecho, de otro mal, ni siquiera del que representa la afectación de los derechos protegidos en el art. 245 CP y cuyo ejercicio, en el caso que ahora nos ocupa, debía servir, precisamente, para mejorar la situación de otras personas que se encontraban en una situación igual o peor que la de los propios recurrentes. Dicho con otras palabras: *no toda situación mejorable es una situación de necesidad que justifique la realización de un hecho típico, ni la mera situación de escasez de recursos económicos, que los recurrentes relatan, pero no acreditan, y que permite solicitar una vivienda de protección oficial, puede considerarse como una situación de peligro inminente de un mal, en el sentido de la eximente completa o incompleta de los arts. 20.5 y 21.1 CP*. La situación de estrechez económica únicamente podrá considerarse como una situación que permite apreciar un estado de necesidad cuando no haya sido provocada intencionadamente, y comporte la amenaza de un mal cuya evitación sólo es posible mediante la realización de un hecho típico. Pero no cabe declarar probado que la situación de los recurrentes llegara a estos extremos”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 16-7-2012, nº 657/2012, rec. 44/2012, Pte: Acevedo Frías, Ángela Ascensión (EDJ 2012/179952): “En segundo lugar se alega, de manera subsidiaria que debe de operar la atenuante de estado de necesidad, aclarando que, pese a que en la sentencia se habla de la eximente del art. 20.5 del C.P. *la parte recurrente lo que solicitó es la atenuante del art. 21.2 del C.P.*, fundamentando la aplicación de la misma a que la recurrente carece de ingresos y tiene una niña de 3 años de edad, con la que había estado viviendo en una chabola. A este respecto hay que comenzar por decir que *si lo que la parte recurrente interesó es la aplicación de una atenuante analógica del art. 21.1 del C.P. la analogía tiene que estar, lógicamente, en relación con alguna de las circunstancias eximentes del art. 20 del C.P. puesto que así se deduce del tenor literal del art. 21.1 y en este supuesto, dadas las alegaciones de la defensa de la acusada la analogía se hacía en relación con el estado de necesidad del núm. 5 del art. 20 del C.P.* por lo que el razonamiento que se realiza en la sentencia recurrida analizando los requisitos de dicha eximente es absolutamente correcto. Por otra parte se comparten los razonamientos de la sentencia respecto de que *no procede la aplicación de dicha circunstancia ni siquiera como atenuante puesto que la carencia de ingresos no autoriza a la recurrente para ocupar una vivienda ajena, que en este caso es además de propiedad pública por lo que debe intentar conseguir el acceso a la misma o a una de similares características a través de los mecanismos previstos para ello y no por la vía de hecho, saltándose así los trámites legales y en perjuicio de todos aquéllos que, en similar situación los respetan y los cumplen. Por lo demás no se acredita que previamente la recurrente estuviera viviendo en una chabola, constándole en su DNI, expedido en el año 2006, como domicilio el mismo en el que en la actualidad vive, por lo que parece que*

- Se desconoce qué mal se trata de evitar⁹³⁶.

no tenía mucho problema para residir en el mismo en lugar de proceder, de manera ilícita, a la ocupación de una vivienda ajena, procediendo por ello la desestimación de este motivo del recurso y en consecuencia la íntegra confirmación de la sentencia recurrida". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 26-2-2014, nº 239/2014, rec. 165/2013, Pte: Rodríguez Padrón, Celso (EDJ 2014/30469): "Se cuestiona como motivo adicional en el recurso, la falta de apreciación de la atenuante de estado de necesidad, derivada de la condición de enferma de la acusada y su imposibilidad de trabajar. No concreta el recurso si la pretensión atenuante (que no figura en el escrito de defensa en modo alguno) quiso encauzarse a través de la figura de la eximente incompleta del artículo 21.1 o la analógica del 21.7, ambos en relación con la eximente contemplada en el artículo 20.5 del Código Penal. Esta indefinición dificulta el análisis concreto de la pretensión, aunque descansa, en cualquier caso, en una alegación sencilla, de deterioro de salud y situación económica. El artículo 20 del Código Penal, exime de responsabilidad en su apartado 5º al que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. *Alegar simplemente que la acusada sufre una grave enfermedad renal, por la que estaba recibiendo tratamiento médico en la época en que ocurrieron los hechos, carece de ingresos, y por ello son sus familiares quienes le ayudan con sus hijos, no permite considerarla beneficiaria de la circunstancia alegada como modificativa de la responsabilidad penal, ni por lo tanto puede influir en una reducción de la pena ante la ocupación sin título alguno de viviendas ajenas*. Sobre todas estas premisas, estimamos que las razones del recurso no pueden prosperar". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 4-6-2015, nº 546/2015, rec. 277/2014, Pte: Salcedo Velasco, Andrés (EDJ 2015/124342): "En definitiva, ninguna vulneración de derechos ni de principio alguno se ha producido. Se han declarado probados correctamente unos hechos que cumplen con los requisitos que exige la aplicación del tipo penal por el que se condena, adecuadamente interpretados, sin haberse incurrido en una interpretación extensiva de la norma penal en contra del reo, *por más lamentable que sea la situación de quienes como la apelante se encuentran con dificultades para alcanzar una vivienda digna en una situación de debilidad o desfavor*, que se expuso con detalle en el informe final de la defensa en el juicio oral, tal como queda registrado, pero cuya valoración penal en orden a la consideración de las circunstancias modificativas ya se ha hecho en la Sentencia para no estimar la concurrencia de estado de necesidad, en términos asumibles, y no discutidos en la apelación, habiéndose impuesto, en todo caso, una pena muy próxima a la mínima del tipo".

⁹³⁶ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 17-9-2008, nº 800/2008, rec. 269/2008, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2008/258246): "Por último poco comentario merece la tercera alegación que se formula con carácter subsidiario pretendiendo que se aprecie la concurrencia de la circunstancia eximente de estado de necesidad al afirmar que los acusados accedieron a la finca para guarecerse de la lluvia, puesto que aun cuando hipotéticamente se admitiera que fue así, *se desconoce qué mal se trataba de evitar al acceder a una finca ajena, rompiendo las cerraduras que sus propietarios habían instalado para salvaguardar la misma, permaneciendo en ella y a su vez, tratando de disfrutar con carácter exclusivo de la misma ellos y aquellos a quienes ellos permitieran el acceso puesto que en definitiva habían instalado un nuevo candado en el portal del que solo ellos disponían de la llave*". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 4-2-2010, nº 125/2010, rec. 5/2010, Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2010/46395): "Del mismo modo, tampoco serían punibles con arreglo a este tipo penal las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras entradas para dormir, sino que sería necesaria la permanencia en la habitabilidad jurídica de la finca y un requerimiento para que cese. En este caso, hubo requerimiento de los agentes de la autoridad y de los mismos propietarios, sin que de manera inmediata abandonaran el inmueble los acusados. Además de no encontrarnos (como ya se ha dicho) en una estancia ocasional de una o dos noches. *Existió por tanto un apoderamiento físico del inmueble, que ocasionó una desposesión continuada, permanente y estable en el tiempo de los titulares. Ninguna de las pruebas practicadas apuntan a que se trataba de buscar un refugio momentáneo ante algún riesgo para los acusados*. Por lo que el estado de necesidad (alegado ex novo, por otra parte, en esta alzada) no podrá ser acogido en nuestra Resolución. Vistos los motivos del recurso interpuesto procede desestimar éste".

Se considera que falta el segundo requisito cuando los acusados no han puesto su situación en conocimiento de las entidades públicas o privadas correspondientes, y no han solicitado la adopción de las medidas oportunas para prestárseles la correspondiente ayuda y procurarles un lugar adecuado en donde vivir, y haber agotado, así, los medios o recursos, lógicos y razonables. Por ello, un sector jurisprudencial no admite el estado de necesidad:

- Por disponerse en nuestra actual sociedad de la línea de recursos sociales existentes en diferentes organismos públicos (Ayuntamientos, Comunidades Autónomas...) y privados para, aun provisionalmente, subvenir a la necesidad de vivienda⁹³⁷.

⁹³⁷ Vid., Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 10-7-1998, nº 772/1998, rec. 788/1998, Pte: San Millán Martín, José Antonio (EDJ 1998/25491): "Por último, no cabe, en modo alguno, hacer aplicación de la aludida eximente de estado de necesidad, dados los requisitos exigidos por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, para su aplicación, ausentes, en el acusado, de todo punto de vista (Sentencia 13-04-87, 11-10-83...): conflicto de bienes jurídicos protegidos, de forma total actual e inminente, no desproporción de mal causado, falta de obligación de sacrificarse, interpretándose que en los supuestos de penuria o estrechez económica, si no se acredita la inminencia y gravedad de la situación, y que al propio tiempo se han agotado los recursos sociales existentes para subvenir a tales situaciones, no puede hacerse aplicación de la situación como eximente ni como atenuante (siendo notorio en nuestra actual sociedad, la línea de recursos sociales existentes en diferentes organismos públicos -Ayuntamientos, Comunidades Autónomas- para, aun provisionalmente, subvenir a tales necesidades)". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 10-10-2001, nº 700/2001, rec. 281/2001, Pte: Hurtado Adrián, Ángel Luis (EDJ 2001/59381): "En efecto, según una constante jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre los requisitos que deben concurrir para apreciar la eximente de estado de necesidad estaría la necesidad de lesionar un bien jurídico de otro, respecto del cual la Sentencia de 10 de diciembre de 1.999, recordando otra de 5 de noviembre de 1994, nos dice que "la necesidad de lesionar otro bien jurídico para librarse del que sobre el autor pesa tampoco puede ser apreciada en el supuesto enjuiciado pues es lógico afirmar que el encausado debió agotar otras vías a su alcance antes de transgredir cualquier tipo de legalidad. En este sentido, también es constante la jurisprudencia que nos enseña, a través de una amplia casuística que normalmente se debe acudir a un trabajo remunerado o, en cualquier caso, a entidades públicas o privadas que en cualquier país existen por deficiente que sea su nivel de vida". El Tribunal Supremo, con la anterior doctrina está proscribiendo las vías de hecho, cuando antes no se han agotado o al menos intentado agotar los medios precisos para causar el mal que constituye la lesión del bien jurídico de otro. Vamos a aceptar que la acusada, pese a que ni siquiera lo ha acreditado documentalmente, como podía haber hecho presentando el libro de familia, tenga una hija de dos años. Incluso, aceptamos que el hecho de quedarse embarazada en octubre de 2000 fuese el detonante para que se tuviera que marchar de la casa de su madre, según decía ante el Juez de Instrucción (folios 17 y 18), pero que así fuese no significa que aquella situación supusiese un mal para la vida o la integridad física, ni de la acusada, ni de su hija nacida, ni de la que esperaba. Al menos, no es lo habitual y si lo hubiera sido tendría que haberlo acreditado o al menos intentar acreditarlo la acusada, que ni siquiera ha presentado algún tipo de certificado médico que apuntase a ese riesgo para la vida. Además, con la actitud que toma la acusada, no sólo no agota otras vías legítimas para poner remedio a su situación, sino que ni lo intenta, como podía haber hecho acudiendo a alguna entidad social para pedir ayuda o solución a su problema. Es más, sobre este punto no es que no se haya aportado prueba que pudiera acreditarlo, sino que ni siquiera se ha formulado pregunta alguna, por lo que difícilmente se puede mantener, como se dice en la sentencia apelada, que la acusada había agotado todos los recursos personales y familiares, ya que, aunque así fuera, todavía le quedaban las instituciones de asistencia social o de beneficencia donde podía haber acudido. Asimismo, aunque aceptemos que, efectivamente, la acusada en el momento en que se introdujo en la vivienda ajena se encontrase en una situación de necesidad, por la urgencia con la que tuvo que poner solución al

problema que la venía al *haber sido echada de la casa de su madre, lo que no es aceptable y de ninguna forma justifica su conducta* es que desde entonces haya transcurrido el tiempo y todavía, al menos en julio de 2001, siga ocupando la misma vivienda sin tratar de poner esos medios a su alcance para evitar la ilegítima ocupación en que se encuentra. Por último, y aunque la acusada en el acto del juicio manifiesta que tanto ella como su novio se encuentran, en paro el uno y la otra sin trabajo, cuando declaró ante la Juez de Instrucción (folios 17, 18) dijo que "el padre de su hija sí tiene trabajo, por lo que no tendría inconveniente en pagar el importe del alquiler de la vivienda por importe de 21.000 pesetas"(s c). Considera, por tanto, este Tribunal que, a la vista lo anteriormente expuesto, unido a que la acusada no ha aportado la menor prueba que avale esas circunstancias que pudieran inducir a pensar que realmente se encontraba en una situación precaria y necesitada, hasta el punto de que si se introdujo en la vivienda de otro fue porque no tuvo otra solución a su alcance, no cabe apreciar la circunstancia eximente que se apreció en la instancia, y ello a pesar los alegatos que se hacen en el escrito de contestación al recurso que aunque comprensibles no son compatibles con el delito de nuevo cuño introducido en el C.P. de 1.995, en que el legislador ha introducido como modalidad específica de la usurpación el delito de ocupación ilegal, concebido, entre otros, para hacer frente a casos como el que nos ocupa". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 28-5-2004, nº 234/2004, rec. 168/2004, Pte: Alhambra Pérez, María Catalina Pilar (EDJ 2004/279605): "Así pues, los dos bienes jurídicos en conflicto son el derecho de propiedad y el mantenimiento del orden social que ello lleva consigo y el derecho a una vivienda digna de todas las personas, sobre toda las más desamparadas. Para examinar el conflicto entre ambos bienes jurídicos es necesario ver si la acusada tenía otras opciones distintas a acudir a una vivienda desocupada y cambiarle la cerradura para así tomar posesión de forma ilícita de la misma. *En verdad, el sistema social de ayuda a las personas necesitadas y a las mujeres con hijos menores es muy amplio y siempre hubiera tenido la posibilidad de acudir a estos sistemas de ayuda social, como casas de acogida (sobre todo si fue expulsada del domicilio donde residía con el padre de su hija y toda su familia) servicios sociales del ayuntamiento, etc...* Es decir, las opciones que ofrece el sistema social de ayuda hasta que se le otorgue otra solución más definitiva son varias y múltiples y debió ponerlos en práctica la acusada antes de llevar a cabo el acto ilícito de entrar por la fuerza en una propiedad ajena, motivo por el cual no se puede estimar que concurra la eximente completa de estado de necesidad del artículo 20.5 CP. Distinta ha de ser la valoración de la concurrencia de la eximente incompleta de estado de necesidad, pues las circunstancias antes descritas relativas a la hija menor que convive con la acusada padeciendo las deficiencias físicas que constan probadas y el hecho de no tener familiares próximos que puedan ayudarla nos lleva a considerar probada la eximente incompleta de estado de necesidad del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.5, ambos del Código Penal". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 24-6-2004, nº 629/2004, rec. 149/2004, Pte: Álvaro López, Mª Cruz (EDJ 2004/122472): "Invoca la recurrente la indebida inaplicación de la circunstancia eximente de responsabilidad de estado de necesidad prevista en el núm. 5 del artículo 20 del Código Penal, pues declarado probado que la acusada había solicitado una vivienda al IVIMA y esta le había sido rechazada, había agotado todas las posibilidades de dar solución a su difícil situación... No debemos olvidar que ello no es suficiente para acreditar que su actuación fuera la única salida a su situación, pues con independencia de que hubiera solicitado efectivamente la adjudicación de una vivienda social, *no consta que desarrollara otro tipo de actuaciones tendentes a demandar algún tipo de protección de los actuales sistemas de asistencia social*, que junto con los ingresos mensuales que consta que percibía en torno a 150.000 ptas. mensuales le podrían haber permitido una solución a su problema. *Tampoco consta que haya solicitado alguna vivienda de las bolsas de alquileres que controla la Comunidad de Madrid* y cuyas rentas se encuentran limitadas y controladas por organismos públicos y por debajo de los precios de mercado. *Tampoco consta que intentara el alojamiento propio y de sus hijos en algún centro asistencial*, ni siquiera que tratara de solucionar el problema o la discusión que la inclinó a abandonar la vivienda de sus padres con los que venía conviviendo con anterioridad". Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 3-6-2011, nº 404/2011, rec. 189/2011, Pte: Sanz Díaz, Lucía (EDJ 2011/186956): "Igualmente, ha de ser desestimada la aplicabilidad de la circunstancia eximente interesada, de estado de necesidad, prevista en el núm. 5 del art. 20 C. Penal, no habiendo acreditado la acusada que hubiere agotado todos los medios lícitos alternativos para soslayar el mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, habiendo fracasado aquellos, no cupiera otra posibilidad razonable que el delito (STS 1692/2002, 2-10). Como muy bien razona la sentencia recurrida, *frente a la alegación de la tenencia de dos hijos de corta edad y carencia de ingresos, no consta que la acusada hubiere hecho uso de las alternativas que ofrecen los servicios Sociales en la sociedad actual*". Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-9-2012, nº 673/2012, rec. 316/2012, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen (EDJ 2012/275047): "Respecto a la primera cuestión, el estado de necesidad, prevista en el art. 20.5 del Código Penal, sólo concurre como eximente cuando se prueba los requisitos siguientes :a) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya

comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo, b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que "a posteriori" corresponderá formular a los Tribunales de Justicia, d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y, e) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. Dicho mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. Además, en la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente. *En el caso enjuiciado, los acusados cuando fueron lanzados de su domicilio durante la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria, dispusieron de tiempo suficiente para haber solicitado las prestaciones y ayudas sociales pertinentes respecto a su familia. Los acusados no se encontraban ante una situación sorpresiva en la que no hubiera otras opciones para solventarla, sino que derivaba del impago de la hipoteca que pesaba sobre su vivienda y posteriormente de la ejecución de la misma por vía judicial*, de forma que no puede concluirse que concurran los requisitos antes expuestos para apreciar estado de necesidad, que además no se ha acreditado con prueba alguna por parte de los apelantes que no comparecieron al Juicio Oral; donde por el contrario, *compareció un testigo que al declarar haber observado la estancia por largas temporadas de los acusados y los menores, lo que pone en entredicho que el presunto estado de necesidad no debió darse durante todo el tiempo que utilizaron la vivienda sino según conviniera en una temporada u otra*". Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 3-12-2012, nº 397/2012, rec. 998/2012, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2012/289672): "Para apreciar la eximente de estado de necesidad, prevista en el artículo 20.5 del Código Penal, es preciso, en primer lugar, que el mal que amenaza la integridad del bien jurídico que se trata de salvar mediante la lesión de otro bien jurídico en conflicto se presente como real, grave, actual o inminente, es decir, que sitúe al sujeto ante la necesidad de actuar para evitar la inmediata lesión, y que, en segundo lugar, se compruebe en la medida de lo posible que el autor ha agotado los medios alternativos lícitos que razonablemente puedan considerarse a su alcance para evitar el mal que amenaza antes de acudir al hecho delictivo. En el presente supuesto, la documentación médica refleja que la Sra. Azucena fue intervenida en junio de 2009 y se le hizo una revisión de julio 2009, siendo estas fechas anteriores a la ocupación. En el año 2010 sólo se prueba que asistió el 29 de septiembre y el 20 de octubre a control del tratamiento de quimioterapia. Los informes médicos del tratamiento seguido en el año 2012 son posteriores a la fecha de los hechos. *No queda acreditado, por lo tanto, que en los primeros meses de 2010 se diera una situación inminente que provocase la ineludible necesidad de ocupar una vivienda como única posibilidad o solución posible para que Dª Azucena siguiera el tratamiento médico por su enfermedad, pues no consta imposibilidad para poder trasladarse por transporte público o privado los días de revisión o control de tratamiento desde la localidad de Mojados, en la que tienen una casa, hasta Valladolid capital, de la que no está muy distante*. En cualquier caso, *aunque se apreciara que sus recursos económicos eran escasos para hacer por su cuenta esos traslados, tampoco queda demostrado mínimamente que hubieran agotado las instancias necesarias para solicitar y obtener ayuda pública para el traslado al Centro hospitalario de Valladolid los días que había de recibir tratamiento*. En efecto, ningún elemento existe siquiera de que hubieran realizado determinada actividad tendente a solicitar la prestación asistencial al organismo u organismos correspondientes para atender o resolver esas dificultades económicas para recibir asistencia médica. Por lo tanto, no cabe concluir que nos encontremos ante un estado de necesidad de relevancia penal". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 6-2-2013, nº 120/2013, rec. 320/2012, Pte: Figueras Izquierdo, Aurora (EDJ 2013/47557): "Respecto al estado de necesidad ya que el motivo de abandonar la vivienda que compartía con su hermano no es de entidad suficiente para justificar la usurpación de una vivienda ajena máxime cuando *podía haber iniciado los trámites con los servicios sociales para conseguir una vivienda económica, no habiendo quedado acreditado que ciertamente se habría visto en la calle con dos niños menores no habiendo quedado acreditado que cuando se produjo la usurpación la acusada se encontraba viviendo en la calle*. Consecuentemente la valoración efectuada por la juez a quo no vulnera las reglas de la lógica o la razón por lo que no quedando desvirtuada la misma, procede la desestimación también de este extremo del recurso al no haberse apreciado de forma ajustada a Derecho las eximentes invocadas". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 6-10-2014, nº 764/2014, rec. 1383/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2014/209831): "El recurso no puede ser estimado, al no

darse los presupuestos legales necesarios para la apreciación de la eximente de estado de necesidad que el recurrente reclama, ni tampoco los requeridos para la versión incompleta. Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia 49/2014, de 5 de febrero, para poder apreciar esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, se precisa también que el estado de necesidad sea grave e inminente, y que el que lo alegue haya acreditado haber agotado todos los recursos a su alcance (personales, familiares, profesionales, sociales) para superarlo; debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que, se precisa también que el mal que se cause no sea mayor que el que pretende evitarse. En la misma línea, la STS 945/2013, de 16 de diciembre, en la que se recogen los requisitos de la eximente que, al estar transcritos también en la sentencia apelada, resulta ocioso reproducir, recuerda, citando la STS de 1 de octubre de 1999, que el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la jurisprudencia pues no en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito. *Es esencial, en consecuencia, según la doctrina jurisprudencial, que se acredite la inevitabilidad del mal, la inexistencia de medios alternativos al delito para salvaguardar el peligro, y, en el presente caso, esa prueba no se ha logrado. Es indudable que el recurrente tiene problemas de salud, ya que, según el informe médico obrante a los folios 35 y 36 de las actuaciones, desde antes de la ocupación de la vivienda de la empresa municipal, está afectado por VIH y hepatitis C crónica y padece diversos problemas respiratorios, entre ellos, una enfermedad pulmonar obstructiva crónica con necesidad de oxigenoterapia, habiéndosele reconocido por la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, con efectos anteriores a la fecha de estos hechos, una discapacidad del 78 %, tal y como consta al folio 37. También está acreditado documentalmente, al folio 115, que sus ingresos son exigüos, pues percibe una pensión no contributiva de 357'70 euros mensuales. Ahora bien, ninguna prueba se ha presentado en relación con la carencia de otros bienes o ingresos con los que pudiera atenderse a las necesidades de vivienda. Tampoco hay prueba de que el lugar en el que habitaba antes de ocupar la vivienda de autos, al que se refiere el recurrente en la entrevista que se recoge en el informe de los folios 114 y 115, careciese de condiciones para continuar habitando en él. No se ha acreditado la imposibilidad de mantener la ayuda de los familiares que, al parecer, de acuerdo con el mismo informe, le alojaban con anterioridad y, lo que es más importante, está probado incluso por las propias manifestaciones del recurrente que, con anterioridad a la ocupación ilícita de la que se le acusa, no solicitó ni siquiera en una ocasión la entrega de una vivienda social. Las solicitudes que, a este respecto, obran a los folios 110 a 112 de las actuaciones, son de fecha posterior a la incoación del procedimiento. El desinterés que en este punto muestra el recurrente se pone de relieve en el informe la empresa municipal, donde se señala que manifiesta que ha entrado en la vivienda por la fuerza, sin haber solicitado vivienda alguna a la EMVS con anterioridad y que si le echan ocupará otra. Por todo lo expuesto, no habiéndose probado la inevitabilidad, procede confirmar la decisión de la sentencia apelada de desestimar el estado de necesidad". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 28-7-2015, nº 691/2015, rec. 1137/2015, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2015/140842): "Respecto de la concurrencia de la circunstancia del estado de necesidad no consta más que las manifestaciones de los acusados, pero, en todo caso, debieron recurrir a la asistencia social o a ayudas institucionales, antes de ocupar la vivienda de un particular, por lo que no se acredita tal estado invocado y el motivo no puede prosperar". Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 30-7-2015, nº 217/2015, rec. 395/2015, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2015/156276): "Dentro de los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia para la aplicación de la eximente de estado de necesidad (art. 20.5 del Código Penal) es el de la inevitabilidad del mal propio, debiendo constar que no haya alternativa posible al derecho a la vivienda digna más que con la ocupación llevada a cabo. A estos efectos, en los supuestos de estrechez económica es preciso no sólo demostrar tal situación de necesidad, sino justificar también que se ha acudido a las instituciones de protección social y que no existe otro medio menos lesivo para hacer frente a una situación realmente angustiosa. En el caso actual, se pone de relieve que los acusados tenían un niño de corta edad, pero aparece también en autos que se les denegó el derecho a la justicia gratuita por haber acreditado recursos económicos superiores a los límites legales (folios 113 y 114), con lo que no se ha probado la situación de extrema necesidad de los mismos; y tampoco el que hubieran acudido a los servicios sociales o mecanismos institucionales para que les hubieran dado alternativas con el tema de la vivienda, ni que hubieran instado algún tipo de ayuda social y que sus peticiones hayan sido desatendidas".*

- Cuando no se han agotado las vías dirigidas a la obtención de una vivienda por medio lícito⁹³⁸.

⁹³⁸ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 27-9-2000, nº 332/2000, rec. 31/2000, Pte: Fresneda García, Mª del Carmen (EDJ 2000/41022): “En cuanto a que la propiedad en la Constitución Española tiene un fin social que excede de los intereses individuales, decir que ello en el presente caso no puede aceptarse, desde el momento en que la acusada despoja, de la posesión del piso a su titular, *sin que se haya acreditado el estado de necesidad que alega, al no haber agotado las vías dirigidas a la obtención de una vivienda por medio lícito*”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 9-5-2008, nº 271/2008, rec. 47/2008, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2008/112590): “Igual suerte desestimatoria debe correr el recurso en cuanto denuncia la inaplicación de la eximente completa o incompleta de estado de necesidad. Y es que, como se sabe y nos recuerda la STS de 8 de noviembre de 2004, las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo, y en este caso, sin dejar de reconocer la precaria situación que razonablemente debe anudarse a quien ocupa una propiedad ajena para residir en ella, no existen pruebas que acrediten que no hubieran podido solucionar sus problemas acudiendo a instituciones públicas o privadas destinadas paliar tales situaciones de penuria. Debe tenerse en cuenta que caracterizad el estado de necesidad por la presencia de un conflicto inminente de bienes jurídicos de modo que para la salvación de uno devenga inevitable el sacrificio del otro, tal situación debe ser convenientemente probada, *sin que la presuponga el mero desempleo o desocupación, destacándose además su carácter subsidiario, en cuanto debe intentarse poner remedio previamente a tan extrema situación a través de medios lícitos, es decir que tanto en la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente*, lo que en nuestro caso no consta”. Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-1-2000, rec. 181/1999, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2000/3635): “Se alega por la defensa de los imputados la concurrencia de un pretendido estado de necesidad justificante de la conducta de los mismos. Como es sabido, y así lo declara entre muchas otras la Sentencia de nuestro más alto Tribunal de 30 de septiembre de 1997, la base del estado de necesidad está constituida por la colisión de bienes o deberes, es decir, por el peligro inminente de pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación sacrificando otro bien o deber jurídico de menor o igual valor. Se requiere que la acción sea necesaria, habiéndose referido la jurisprudencia a la inevitabilidad en el sentido de que no exista otra solución o alternativa que evite el conflicto. Pues bien, en el supuesto que nos ocupa *nada se ha probado por la defensa respecto a la concurrencia de tal situación de inevitabilidad* pues si bien es cierto que ha quedado acreditada la escasísima capacidad económica de los denunciados, no lo es menos que no consta que los mismos no pudieran alojarse en la vivienda de algún familiar, vivienda social o local perteneciente a alguna organización asistencial. *Ni siquiera se ha probado que los denunciados tengan solicitada la ocupación de vivienda social alguna y esta falta de prueba -que pesa sobre su defensa- impide la apreciación de la eximente alegada*”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 28-6-2010, nº 59/2010, rec. 41/2010, Pte: Benítez Yébenes, Juan R. (EDJ 2010/184070): “Contra la sentencia de instancia recurren ambos acusados, los cuales forman pareja, de cuya unión han nacido dos hijos, alegando que ocuparon la vivienda (por cuya ocupación han sido condenados por el Juzgado de lo Penal como autores de un delito del artículo 245.2 del Código Penal) porque se encontraban en una situación acuciante. Así ambos acusados, aunque cada uno en recursos diferentes, lo que vienen a plantear ante esta alzada es el error en la apreciación de la prueba y, como consecuencia de esa errónea apreciación, la inaplicación de la eximente de estado de necesidad contemplada en el artículo 20.5 del Código Penal. En el caso de ocupación de inmuebles para satisfacer las necesidades de vivienda, nos hallamos ante una situación similar a la de sustracción de objetos para satisfacer las necesidades de alimento, u otras necesidades básicas o esenciales para la subsistencia. Por eso ha de entenderse aplicable al presente caso la doctrina jurisprudencial relativa al hurto famélico. En este orden de cosas, tiene declarado la jurisprudencia que *no cabe apreciar la eximente en supuestos de angustia o de estrechez económica (SSTS 16-7-1991, 17-10-1990), exigiéndose como requisito la realidad, gravedad e inminencia del mal que se trata de evitar, que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia, que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante, que se pruebe que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar, se podían utilizar, y que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico (STS 21-1-1986)*. Atendiendo a la doctrina que se acaba de exponer, la pretensión de los recurrentes no puede prosperar. De la prueba se desprende que *es cierto que se encontraban en una situación de estrechez económica, pero que no agotaron todos los medios que tenían a su alcance para solventar sus necesidades, si no que por el contrario lo que hicieron fue ocupar por la vía de hecho una vivienda de titularidad municipal, de las*

destinadas para su adjudicación a determinados colectivos sociales conforme a los criterios reglamentariamente establecidos, saltándose los trámites correspondientes. De la prueba se desprende que cuando los acusados decidieron ocupar la vivienda, el esposo trabajaba, y que posteriormente, estando ya en la vivienda, comenzaron a percibir un subsidio estatal. Así pues, *los acusados debieron emplear primero sus recursos, aunque fuesen limitados, y después solicitar la correspondiente ayuda asistencial, antes de tomarse la justicia por su mano y ocupar la vivienda*, anteponiéndose a los demás solicitantes de la misma que legítimamente aspiraban a ser sus adjudicatarios conforme a los trámites reglamentariamente previstos”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 23-1-2012, nº 25/2012, rec. 346/2011, Pte: Esteban Meilán, María del Rosario (EDJ 2012/8647): “La sentencia da cumplida respuesta a la inaplicación de la circunstancia modificativa invocada, por falta de prueba de la condición de absoluta indigencia o de ausencia de cualquier otro tipo de alternativa en los acusados que les obligara a llevar a cabo la acción descrita en los hechos probados. Así infiere el juzgador que *“de las declaraciones de la acusada la situación económica de la pareja no era tan precaria, y ello en cuanto que en el acto del juicio se reconoció que en dichas fechas ella cobraba en concepto de pensión por desempleo Eur.300 y Héctor en concepto de pensión por incapacidad otros Eur.300, por lo que no puede considerarse medios insuficientes, siquiera para alquilarse una habitación una pensión”*. El estado de necesidad es siempre una situación límite en el que el equilibrio, ponderación y ecuanimidad de los jueces ha demarcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido, para evitar la sanción de situaciones en que el sujeto actúa por móviles inexorables legítimos y para evitar impunidades inadmisibles con quiebra de la seguridad si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito (STS 43/98, de 23 enero, 77/2000 de 5 enero, etc. El estado de necesidad requiere que en la realización de la acción típica sea la única forma de salvar un bien, de lo contrario, cuando el conflicto de bienes o deberes admita otra solución, habrá faltado la necesidad y con ello la justificación o la exclusión de culpabilidad”. Audiencia Provincial de A Coruña, sec. 1ª, S 25-2-2013, nº 83/2013, rec. 1249/2012, Pte: Picatoste Sueiras, Ignacio Alfredo (EDJ 2013/29949): “Por último, plantea uno de los recursos el concurso de la eximente de estado de necesidad del artículo 20.5º del Código Penal, justificando la conducta por la exigencia de disponer de un lugar al que acogerse, lo que no tiene respaldo ni material ni jurídico. Material, porque *esa necesidad pudo haberse atendido por otras vías*. Jurídico, porque reitera la Jurisprudencia como esencia de dicha eximente la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone, dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva, para evitar el mal grave, real y actual que amenaza al agente en ausencia de cualquier otro remedio razonable y asequible para evitarlo, a través de una ponderación de males y conductas, nunca de forma difusa o ante situaciones genéricas o diferidas en el tiempo (SSTS números 1269/2009, de 14/XII; 836/2010, de 4/X; y 745/2011, de 6/VII); nada de ello se daría en el caso de autos, en el que el sujeto articuló su conducta delictiva no frente a otro mal, sino como un mecanismo para imponer la voluntad de los apelantes”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 10ª, S 29-10-2014, nº 531/2014, rec. 152/2014, Pte: Gómez-Angulo Rodríguez, Jesús (EDJ 2014/287225): “Aun valorando el denominado criterio sociológico de interpretación según el cual las normas han de ser interpretadas conforme al momento en que han de ser aplicadas, y siendo consciente la Sala de la profunda y grave crisis económica que está atravesando desde hace años nuestro país, lo que ha llevado a miles de familias a vivir situaciones angustiosas y de extrema necesidad relacionadas con el derecho al disfrute de una vivienda digna, impensables, incluso, hasta hace unos años en los que el Estado del Bienestar se manifestaba con mayor vigor, es lo cierto que en el presente procedimiento *no se ha verificado ni un peligro inminente y real, pues la situación económica estaba mantenida en el tiempo sin que se haya acreditado alguna pérdida repentina de ingresos o actividad laboral, u otro grave contratiempo patrimonial, ni tampoco que no hubiera algunas otras vías alternativas, institucionales o familiares, de hacer frente a la situación, antes de entrar y permanecer durante meses, años, en una vivienda en contra de la voluntad de su propietarios*. La permanencia ilícita en el piso durante mucho más de un año, su mantenimiento tras las iniciales actuaciones policiales, y el hecho de que no se haya acreditado que hubieran agotado otras posibilidades de actuación, en tanto no consta que hubieran acudido a la vías habituales de asistencia social, en búsqueda de una vivienda social o alojamiento provisional, justifican la condena sin posibilidad de apreciación, siquiera parcial, de la exención de responsabilidad de estado de necesidad. Se debe destacar que los acusados mencionan que en el mismo edificio vive la madre de uno de ellos, lo que hubiera permitido, al menos parcialmente, soslayar el grave momento de crisis por el que atraviesan. A partir de tales circunstancias no puede admitirse la eximente de estado de necesidad, ni siquiera como incompleta, en tanto tenían a su alcance vías alternativas a la vulneración del ordenamiento jurídico”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 2-3-2015, nº 154/2015, rec. 288/2015, Pte: Revuelta Iglesias, Ana Victoria (EDJ 2015/39081): “En el caso examinado como muy bien expone la sentencia que se impugna, *sin perjuicio de la precariedad económica y la percepción de una renta de integración social,*

no consta, excepto sus alegaciones, que hubiera agotado otras posibilidades no ilícitas antes de ocupar la vivienda ajena, por lo que debe ser rechazada la concurrencia del estado de necesidad en los mismos términos que se recogen en la sentencia de instancia”. Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 17-3-2015, nº 50/2015, rec. 161/2014, Pte: Orea Albares, María Victoria (EDJ 2015/45566): “En el presente supuesto el estado de necesidad no puede calificarse como eximente, ni completa ni incompleta, pues *las circunstancias de las hoy apelantes no eran tan precarias como para justificar totalmente su conducta; así faltando su declaración en el acto del juicio y falta de documentación al respecto únicamente contamos con las declaraciones que prestaron ante el Juzgado (folio 50) donde Doña Luisa relata, que no tenían trabajo, que su hija cobraba una pensión no contributiva y que se la han quitado. A los agentes de policía (folio 42) les manifestaron que se habían metido a vivir allí, porque no tiene donde dormir, y su hija tiene una deficiencia mental, por lo que no piensa dejarla...*”. *Y no se acredita de ningún otro modo (informes sociales, documentación médica o familiar de todo tipo, testifical, etc.) que las hoy apelantes no tuvieran otra opción que entrar en la vivienda para satisfacer la necesidad que alega*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 28-4-2015, nº 302/2015, rec. 655/2015, Pte: Rodríguez Padrón, Celso (EDJ 2015/72998): “En torno a esta circunstancia en el recurso se invoca la prueba documental aportada, que refleja la *percepción por la acusada en el presente supuesto, de una renta mínima por parte de la Comunidad de Madrid, por importe de 384,90 euros a partir del mes de marzo de 2012, siendo los hechos del mes anterior. Y la sentencia expresamente resuelve dicha invocación, que ya fue expuesta en el acto del juicio oral, afirmando que si bien no se pone en duda la precariedad económica de los acusados, no se acredita que hubiesen intentado la obtención de un lugar donde vivir a través de otros medios, como son los servicios sociales (folio 136)*. Tal argumento, en opinión de esta Sala, es nuevamente acertado, y coincide con la doctrina que viene sosteniendo esta Audiencia Provincial en supuestos como el que nos ocupa, al declarar, por una parte, que la definición del estado de necesidad no puede quedar en manos de quien lo invoca, y además, que obliga para su apreciación, a probar que se han agotado otras posibilidades previas cuyo fracaso podría introducir la consideración de dicha circunstancia siempre que se probasen debidamente sus elementos constitutivos (entre otras muchas, SAP M -Secc. 30- de 12.3.2015.; y SAP M -Secc. 15- de 2.3.2015). De todos modos, el Magistrado de instancia tiene en consideración los elementos personales concurrentes, particularmente los que han quedado reflejados de naturaleza personal y económica, y con acierto, los valora en unión de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas para reducir la pena impuesta a sus extremos mínimos, tanto en la duración de la multa como en el importe de la cuota”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 11-5-2015, nº 349/2015, rec. 469/2015, Pte: Molina Marín, Josefina (EDJ 2015/97092): “Tal y como razona la sentencia de instancia, en el caso enjuiciado no concurre la circunstancia eximente de estado de necesidad del art. 20.5ª del CP, al exigir que el conflicto de bienes no admita otra solución que la comisión de la acción típica, lo que no es posible apreciar de los documentos aportados en el plenario, relativos al reconocimiento, en julio de 2014, por la Consejería de Asuntos sociales de un 76% de grado de incapacidad a favor de Beatriz, por obesidad, enfermedad respiratoria, cardiopulmonar, circulatoria y del sistema endocrino-metabólico por diabetes mellitus. *Desde luego nada se ha acreditado de las circunstancias anteriores y coetáneas al momento de los hechos, abril de 2009, que revelara una situación angustiosa y límite, que no pudiera ser remediada por conductos lícitos, en este caso, que hubieran acudido a los servicios públicos en solicitud de una vivienda social y que no hubiese sido atendida*. Ello impide que pueda ser apreciada como eximente incompleta. En el caso enjuiciado, fueron los propios interesados los que deciden sobre su eventual estado de necesidad y la elección del inmueble que ha de satisfacerla”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 12-5-2015, nº 358/2015, rec. 693/2015, Pte: Delgado Martín, Joaquín (EDJ 2015/99582): “El recurso de apelación se fundamenta en la existencia de un estado de necesidad eximente (Motivo II). La parte recurrente alega que, cuando entró en la casa, *estaba en estado de gestación muy avanzado, con todas las limitaciones que conlleva esta situación y siendo demandante de empleo; añadiendo que no percibía ningún tipo de ingresos ni tenía apoyos económicos a su disposición*. Ha de tenerse en cuenta que el estado de necesidad requiere, entre otras cosas, que el sacrificio del bien jurídico protegido por la norma, que establece el tipo penal cometido, sea ineludible, porque no quepa acudir a alternativas que conjuren aquel mal sin la comisión de éste; y la graduación de tal posibilidad alternativa depende también la medida de la influencia en la exención o mera atenuación de la responsabilidad (STS 930/2010 de 21 de octubre). *En el caso presente, más allá de la situación de embarazo de la acusada (probado), no existe prueba de que la misma agotara (o meramente intentara utilizar) los medios a su alcance para encontrar, siquiera fuera de forma temporal, una vivienda o ayudas de otro tipo para acceder a alguna; no hay documentos de servicios sociales o de instituciones de otra naturaleza, ni testimonio de trabajadores sociales o de personal de asociaciones de distinta índole de ayuda a colectivos desprotegidos (SAP Sevilla Sección 7ª 66/2012 de 9 de febrero)*. Por todo ello también cabe desestimar el recurso de apelación en este extremo”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 16-6-2015, nº 280/2015, rec. 47/2014, Pte: Roig Angosto,

- Cuando no se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, se podía utilizar⁹³⁹.

María Concepción (EDJ 2015/119958): “Dictada sentencia por el Juzgado de lo Penal condenando al acusado denunciado, hoy apelante como autor de un delito de usurpación del artículo, del art. 245.2 del Código Penal... es recurrida por su representación y asistencia técnica... alegando, como causa justificadora de su actuar, la concurrencia de la eximente incompleta de estado de necesidad... La sentencia de instancia da cumplida respuesta respecto de los motivos por los cuales no se ha de estimar la concurrencia de la eximente, ni completa ni incompleta de estado de necesidad, en términos que se han de compartir por la Sala *"no puede ser usado como motivo exculpatario el estado de necesidad, por cuanto ha quedado acreditado con los testimonios de perjudicadas y agentes de la autoridad que el mismo ha vivido con sus padres, los cuales tienen una vivienda próxima al lugar de los hechos, y disponen de más familia en las proximidades. No se ha aportado prueba de que dichos familiares no pudieran atender, aun de forma provisional, las necesidades de vivienda de aquél ni de que el acusado haya agotado todos los medios alternativos lícitos para evitar el mal antes de acudir a esta vía de hecho, de tal manera que, ni que fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito"*. En éste sentido la: "El recurrente con la designación de los documentos pretende una revaloración de la prueba para afirmar el presupuesto de la necesidad con olvido de que el estado de necesidad parte de una situación de peligro, actual, real e inminente, para un bien jurídico que permite la transgresión de otro, u otros, para subvenir a la situación. La situación que el recurrente describe, necesidades económicas de la familia, no supone la situación de necesidad para bienes jurídicos, vida, integridad física, etc., que autoriza la agresión a otros bienes jurídicos para conjurar la situación peligrosa". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 29-6-2015, nº 537/2015, rec. 192/2015, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2015/143995): “Pues bien, como afirma la sentencia impugnada, no se ha aportado prueba alguna testifical acerca de la situación de la acusada, ni testifical ni documental. Ni siquiera se contó con su versión en el plenario, pues no compareció a la vista oral. Pero es que los argumentos de la acusada y los del recurso excluyen cualquier tipo de estado de necesidad. Se nos dice que a consecuencia de una discusión con su madre salió del domicilio y buscó un alojamiento para ella y para sus hijos, lo que intentó en el mismo inmueble en el que vivía. Es decir, que para solventar una situación transitoria, en todo caso no acreditada (debe señalarse que los policías en ningún momento se encontraron a la acusada acompañada de sus hijos en el rellano por haber sido expulsados todos ellos de la vivienda) se decide actuar por la vía de hecho ocupando una vivienda que se cree "sin propietario" por el hecho de no estar habitada en ese momento. Es evidente que *en situaciones económicas de estrechez, el acceso a la vivienda resulta dificultoso para gran número de familias y posiblemente la convivencia de grupos familiares en pequeñas viviendas dé lugar a situaciones de difícil convivencia. Pero antes de actuar ilícitamente es necesario justificar, al menos, la situación económica, familiar y personal de quien lo invoca y el agotamiento o insuficiencia de los recursos familiares y sociales que se ofrecen habitualmente en estos casos, tanto para satisfacer necesidades permanentes como transitorias de vivienda*. Por lo expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso”.

⁹³⁹ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 3-12-2001, rec. 521/2001, Pte: Málaga Diéguez, Francisco (EDJ 2001/72219): “Procede detenerse, finalmente, en la quinta y última alegación del recurrente, en la que se afirma que concurría en el acusado la circunstancia eximente completa de estado de necesidad, habida cuenta de su penuria económica. Sin embargo, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (por todas SSTs 21 enero 1986, 30 abril 1991, 4 mayo 1992 y 30 septiembre 1997) declara que el estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, es decir, por la gravedad e inminencia un mal o pérdida de un bien jurídico, y la posibilidad de su salvación sacrificando otro bien o deber jurídico de menor o igual valor, requiriendo además para su viabilidad que la acción sea necesaria o inevitable, en el sentido de que no exista otra solución o alternativa que evite esta colisión entre bienes o deberes. Lo anterior, aplicado a los denominados casos de precariedad o indigencia, *obliga a la defensa a probar que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar se podrían utilizar y, finalmente, que no había otra solución que la de proceder de un modo antijurídico, lo que en modo alguno acontece en este caso, máximo cuando existen servicios asistenciales e instituciones oficiales que atienden tales necesidades*. Esa falta de prueba impide la apreciación de la eximente alegada, lo que a su vez comporta la desestimación del motivo”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 27-3-2006, nº 138/2006, rec. 14/2006, Pte: López Lorenzo, Virtudes (EDJ 2006/338025): “Impugnan el Ministerio Fiscal y el IVVSA la sentencia dictada por el titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alicante absolviendo a Nuria del delito de usurpación, por entender que lo cometió encontrándose amparada por la circunstancia eximente de estado de necesidad justificante de su acción.

Entienden los recurrentes que el Juzgador a quo ha infringido el art. 20,5ª del Código Penal, aplicándolo indebidamente. Según los apelantes no concurre la circunstancia de estado de necesidad, ni justificante ni excluyente de la culpabilidad, porque falla la premisa de que la única forma de evitar el mal o peligro grave e inminente, era la comisión del delito que se enjuicia. El motivo debe ser estimado. El estado de necesidad, parte de una situación de conflicto entre bienes jurídicos que solo puede resolverse mediante la lesión o menoscabo de uno de ellos. La jurisprudencia y la doctrina deducen de ello la exigencia de que el mal no pueda ser evitado o soslayado por otras vías o procedimientos menos lesivos. *En el caso que nos ocupa, resulta que la acusada nunca ha sido demandante de empleo, ni ha solicitado formalmente la adjudicación de vivienda, ni siquiera comunicó a instancia asistencial alguna la difícil situación a la que la abocaba el primer lanzamiento, que tiene lugar el día 6 de abril. Lejos de ello, penetra en el inmueble tras un segundo lanzamiento, y se mantiene en el mismo, al parecer hasta la actualidad, sin realizar el más mínimo intento para obtener, de modo lícito, prestación o subsidio alguno que le permita solventar el problema que alega.* Del examen de los autos, y concretamente el informe social al que hace referencia el Juez a quo, resulta que ha sido la madre de la acusada, Nuria, quien se ha ocupado de sus nietos, mientras Nuria permaneció en prisión desde el año 1996 hasta enero de 2004 y que ésta tiene un gran apego con su familia extensa que habita en el barrio donde se encuentra la casa objeto de las presentes actuaciones. Ello nos indica que tampoco el peligro o riesgo para la vida y salud de la acusada y los menores a su cargo era inminente, al menos en la ocupación del inmueble que se produce tras el segundo lanzamiento, el 20 de abril de 2004, pues la referida familia podría haberlos acogido como en anteriores ocasiones, hasta tanto se solicitaban las ayudas oficiales pertinentes, cuya hipotética denegación variaría esencialmente las circunstancias a valorar. En este sentido el Tribunal Supremo sigue exigiendo de forma absoluta el requisito de la inminencia en supuestos de precariedad económica, de desempleo o de insolvencia del sujeto, hipótesis para las cuales la aplicación de la eximente se produce de forma muy restrictiva (STS. 23 de noviembre de 1991). También en igual sentido se pronuncia la jurisprudencia menor, de la que son exponente las sentencias siguientes. SAP Zaragoza de 4 de octubre de 2004: "Es necesario que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico". SSAP Madrid de 8 de marzo 2004, y 23 y 24 de septiembre de 2004 en las que se destaca la lesión que conductas de ocupación ilícita como la que nos ocupa, suponen para aquellos ciudadanos que, acreditando ante la entidad pública correspondiente la necesidad de adjudicación de una vivienda asistencial, acuden a los cauces legales y se encuentran a la espera de la misma. Ello pese a que el Juez a quo parece argumentar que, la no constancia en la causa de dichas personas y valoradas sus situaciones de necesidad, ello equivaldrá a su inexistencia. Igual doctrina es la contenida en las SSAP de Jaén de 25 de marzo de 2004 y Madrid de 29 de octubre de 2002... Dado que estimamos que la acusada no actuó amparada por una situación de estado de necesidad, ni siquiera exculpan, deberá responder penalmente tanto del delito de usurpación del art. 245.2 del Código Penal como de las consecuencias civiles o daños derivados de dicha comisión". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 16-4-2008, nº 321/2008, rec. 6/2008, Pte: Mozo Muelas, Rafael (EDJ 2008/109293): "El ministerio fiscal impugna la sentencia de instancia por entender que no se han acreditado los requisitos de la eximente incompleta de estado de necesidad. La Sala comparte los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal pues la esencia del estado de necesidad, definido en el artículo 20.5º del C. Penal, tanto en su versión completa como incompleta, radica en la inevitabilidad del mal, es decir que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que infringir un mal al bien jurídico ajeno. El estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, no estimándose en situaciones de angustia o estrechez económica más o menos agobiante; se debe probar que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico. En este caso es evidente que ni en el relato fáctico ni jurídico de la sentencia recurrida se recoge la situación de estado de necesidad, pues *el hecho de no tener casa no justifica la ocupación de una vivienda contra la voluntad de su titular. La propia acusada en sus declaraciones en la fase de instrucción aportó el domicilio de unos familiares como el lugar en donde podría ser citada, como así ocurrió, por tanto, ella disponía de una vivienda en donde podía alojarse.* Por otro lado, no podemos olvidar que la jurisprudencia ha venido admitiendo que los hechos probados se complementan con los hechos que se consignan en los fundamentos jurídicos, sin embargo, en este caso, tampoco en los fundamentos jurídicos se recogen hechos que sustenten al estado de necesidad, ni siquiera como eximente incompleta. Por ello el recurso del Ministerio Fiscal debe estimarse... Desde un planteamiento totalmente opuesto al del Ministerio Fiscal, la defensa de la acusada interesa la aplicación de la eximente completa de estado de necesidad. Por las razones expuestas anteriormente *si no concurren los requisitos de la*

eximente incompleta de estado de necesidad difícilmente se puede apreciar como completa". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 4-9-2002, nº 603/2002, rec. 303/2002, Pte: Lamela Díaz, Carmen (EDJ 2002/57556): "Se invoca como primer motivo del recurso la aplicación de la eximente de estado de necesidad, al carecer los acusados de los medios económicos suficientes para acceder a una vivienda en forma legal. Tal motivo debe ser desestimado al no resultar acreditada la concurrencia de los elementos configuradores de la mencionada eximente. El estado de necesidad, en efecto, exige para su apreciación, además la concurrencia de los tres requisitos que se enumeran en el art. 20.5º del Código Penal vigente (art. 8.7º del derogado) que el sujeto se encuentre en una situación objetiva de necesidad, objetividad que acaso haya sido subrayada por el legislador al sustituir la expresión "impulsado por" utilizada en el antiguo Código Penal por la preposición "en" que se emplea en el vigente. Dicha situación de necesidad (SSTS. de 11 diciembre 1990 y 2 octubre 1993) está integrada por tres elementos básicos: a) que el sujeto esté amenazado por el peligro actual o inminente de sufrir un mal propio o ajeno; b) que la acción realizada, lesionando un bien jurídico ajeno o infringiendo un deber, sea el único modo (o el modo menos lesivo) de evitar el mal que amenaza; y c) que el sujeto actúe "en" el estado de necesidad o, lo que es igual, motivado "impulsado" decía el viejo Código Penal por el conflicto derivado de dicha situación. Pues bien, en el supuesto examinado *no consta acreditado, siendo una mera alegación de parte, que los acusados no tuvieran otros medios, o no pudieran acudir a otras vías, tales como las ayudas públicas o la convivencia con otros miembros de su familia, para solventar su situación*. Lejos de ello, en la actualidad, y sin que hayan variado sus circunstancias personales, familiares y económicas, los acusados, conforme se desprende de la documentación aportada por los mismos en el acto del juicio oral, están haciendo frente al pago de una vivienda, cuyo precio de adquisición no consta, al no haber sido aportada original o copia completa de la Escritura de compra, pero para cuyo pago han solicitado un préstamo de 17.300.000 pesetas al que están haciendo frente mediante el abono de 81.826 pesetas mensuales que ascenderá a partir del inicio del periodo de amortización (03.11.04) a 103.560 pesetas mensuales. No parece pues que la acción desplegada por los acusados fuera necesaria e inevitable y que no existiera otra solución o alternativa que evitara el conflicto, como la adoptada tras la formulación de la denuncia y el abandono de la vivienda ocupada". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 16-6-2010, nº 772/2010, rec. 221/2009, Pte: Riera Ocariz, Adoración María (EDJ 2010/174147): "El apelante solicita en su recurso la absolución del delito de usurpación (art.245.2 del CP) por el que ha sido condenado, o subsidiariamente una reducción de la pena y alega en apoyo de su pretensión el error en la valoración de la prueba. Se afirma en el recurso que la juez a quo no ha tenido en cuenta el testimonio de Adriana, pues del mismo se desprende que el acusado actuó movido por el estado de necesidad, por lo que el art.20.5 del CP debe ser aplicado en este caso. Con carácter subsidiario se alega la concurrencia de, al menos una circunstancia atenuante analógica al estado de necesidad y otra de dilaciones indebidas, ya que los hechos juzgados ocurrieron el día 16-11-2.005. La concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad propuestas en el recurso son cuestiones nuevas que no fueron planteadas antes de esta segunda instancia, ya que no se hace referencia a las mismas en la calificación de la defensa del apelante, que fue elevada a definitiva. Adriana, suegra del apelante, declaró que éste y su hija necesitaban una vivienda porque su hija estaba embarazada y ella no podía acoger a ambos porque estaba viviendo en una habitación y su hija no se llevaba bien con los padres de Juan Francisco. No existe ningún otro elemento de prueba que sirva de soporte al estado de necesidad alegado, pues *ni siquiera el apelante acudió a juicio para relatar las circunstancias que rodearon la ejecución del delito, lo que es relevante para la pretensión contenida en el recurso*, pues es bien sabido que la estimación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, cualquiera que sea su naturaleza, exige una prueba plena de los hechos en los que se fundamenta. *El estado de necesidad precisa de dos elementos: la proporcionalidad y la necesidad*. Respecto de la proporcionalidad del mal causado, la Jurisprudencia nos advierte que "si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades. Y por lo que al elemento de la necesidad se refiere, la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito". A ello hay que añadir, en cuanto a la eximente incompleta, que: "para poder apreciar esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, se precisa también que el estado de necesidad sea grave e inminente, y que el que lo alegue *haya acreditado haber agotado todos los recursos a su*

alcance (personales, familiares, profesionales, sociales) para superarlo, debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que se precisa también que el mal que se cause no sea mayor que el que pretende evitarse. La ausencia de pruebas sobre la concurrencia de estos requisitos impide estimar la existencia de un estado de necesidad, aunque sea como atenuante analógica. Se sabe que el apelante y su mujer esperaban un hijo, sin duda éste es un hecho que aumenta la necesidad de tener un hogar para la familia, pero es que se desconoce cualquier otro dato sobre las circunstancias familiares, empezando porque no se conoce la fecha en la que estaba previsto el nacimiento, como tampoco se conoce los medios económicos o los recursos familiares y sociales que tenía el acusado ni las acciones que llevó a cabo para remediar su situación familiar, de modo que no se ha demostrado la realidad del estado de necesidad". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 18-6-2012, nº 578/2012, rec. 90/2012, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2012/179922): "Por otra parte, también se cuestiona que no se haya apreciado la concurrencia de la eximente de estado de necesidad alegada por la defensa pretendiendo que el magistrado de la instancia ha valorado erróneamente la prueba practicada en el acto del juicio. Este Tribunal considera que esta alegación tampoco puede prosperar. Los acusados sostienen que llevaban dos días viviendo en la calle y decidieron entrar en esa vivienda donde permanecieron hasta el día 20 debido a que no tenían donde ir y a que Débora se encontraba embarazada; que cuando tuvieron que abandonar esa vivienda se han ido a vivir con los padres de la acusada y que habían acudido a los servicios sociales en demanda de ayuda ante su precaria situación ya que Débora se encontraba embarazada y Borja en situación de desempleo... Pues bien, este Tribunal considera que en el caso que se está examinando no concurren esos requisitos que permitirían apreciar la concurrencia de la eximente invocada. Sí está acreditado que los acusados carecían de ingresos aunque bien es cierto que la acusada Débora dejó de percibir la prestación económica por incapacidad temporal que estaba cobrando por dejar de acudir a un reconocimiento médico, pero antes de tomar la decisión de ocupar la vivienda propiedad de Ramona y de sus hermanos no habían acudido en demanda de ayuda a los servicios de asistencia o sociales de la localidad y contaban, por otra parte, con la ayuda de su familia como lo demuestra el hecho, admitido por los propios acusados, de que cuando tuvieron que abandonar la vivienda pasaron a vivir con los padres de Débora. Por todo ello, procede la desestimación del recurso de apelación planteado". Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 17-9-2012, nº 123/2012, rec. 99/2012, Pte: Morales Ortega, Rafael (EDJ 2012/275839): "La misma suerte desestimatoria habrá de seguir la pretensión de estimación de la eximente de estado de necesidad (art. 20.5 CP), pues es reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial que declara (por todas, STS de 3-12-09), que la esencia de tal eximente, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone (dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva) con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual. De estos elementos merecen destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades, y es así que en el supuesto de autos por un lado, no se puede estimar justificada la ausencia de ingresos del acusado por así manifestarlo el mismo, y por otro, tampoco son apreciables ni tan siquiera las poderosas necesidades que lo llevaran a la comisión de la usurpación, pues aun siendo cierto que ya en 2.007 consta solicitud de vivienda por falta de ingresos, no lo es menos que en esa misma solicitud se aclara que estaba viviendo en la casa de su hermano sita en... -f. 65-, constando empadronado además en otro domicilio posterior, C/... de Jaén -f. 20-, donde además se efectuó por la policía local una citación en fase intermedia, que fue atendida por su sobrino -fs. 58 y 59-, luego cuando menos existían otros remedios a la situación alegada de desamparo, que pudo paliar o solucionar acudiendo al menos a otros familiares que sí tenían vivienda o permanecer en la misma como venía haciendo, en lugar de cometer el ilícito por el que es condenado para procurársela sin más. Se rechaza pues el motivo y con él la apelación interpuesta". Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 30-5-2013, nº 144/2013, rec. 203/2013, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2013/107785): "En el segundo de los motivos del recurso, mantiene el apelante que concurre la eximente (completa e incompleta) de estado de necesidad. Tampoco este alegato merece favorable acogida. La STS de 23 de junio de 2003 dice que "reiterados y numerosos precedentes de esta Sala Segunda han establecido que la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea

A título ejemplificativo la Jurisprudencia *menor* considera que no existe estado de necesidad cuando:

- No consta que se les haya denegado el alojamiento en una vivienda social o local perteneciente a alguna organización asistencial, y ni siquiera se ha probado que los denunciados tengan solicitada la ocupación de vivienda social alguna⁹⁴⁰.

necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone, dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva, con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual". Por lo que al elemento de la "necesidad" se refiere, la apreciación de esta circunstancia exige, como se ha dicho, que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito. Los hechos que sirven de base a las circunstancias eximentes o a las que puedan agravar o atenuar la responsabilidad criminal tienen que probarse del mismo modo que el hecho o conducta típica. En el caso, y atendiendo a la doctrina antes expuesta, no existe tal prueba; la situación de precariedad laboral o insuficiencia de recurso económicos que se aduce no tienen la entidad ni las características precisas para poder apreciar la eximente, porque, como con tino señala la sentencia apelada, ni se trata de una situación inminente, actual o especialmente grave que haya dado lugar o motivado la conducta de la acusada, ni, sobre todo, hay prueba alguna que permita afirmar la imposibilidad de solventar la situación de precariedad por otros medios. De hecho, la acusada *manifestó haber estado acogida, junto con su familia, antes de la ocupación del inmueble, declarando en el plenario que había entrado en la vivienda porque, a su entender, "tenía derecho a ella"*, asimismo, ante el instructor declaró (aunque luego lo negara en el acto del juicio) *dijo dedicarse a la venta ambulante y obtener algún ingreso con ello*. Al no darse, por tanto, la situación de necesidad no puede acogerse la eximente, ni completa ni incompleta, porque la mentada situación de necesidad debe probarse tanto en un caso como en otro". Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 25-9-2013, nº 344/2013, rec. 758/2013, Pte: Sol Rodríguez, María de Lourdes (EDJ 2013/185760): "Según se indica en el recurso, el estado de necesidad concurre en este supuesto porque los acusados habían estado viviendo en casa de los padres del Sr. Leovigildo durante unos meses, residencia que se encuentra en el mismo edificio, que según indican cuenta con una superficie de 40 metros cuadrados en los que residían los padres del Sr. Leovigildo y otros familiares, no siendo suficiente la vivienda para cobijarles a todos ellos. *No se ha aportado ninguna prueba respecto de estas alegaciones, y por el contrario, como se indica por la sentencia de instancia, no concurren elementos que puedan indicar que los acusados se encontraran en una situación de extrema necesidad porque tuvieran a su cargo menores, ya que el Sr. Leovigildo en el juicio oral señaló que su hija tenía diez meses de edad, por lo que en el momento de suceder estos hechos ni siquiera su esposa estaba embarazada. Por la Juez de instancia se indica también que contaban con una renta de 530 euros*, indicándose en el recurso que se han interpretado de forma errónea las manifestaciones de la Sra. Benita respecto de este punto, que ella quería referirse al momento de la celebración del juicio y no al de la ocupación de la vivienda, pero sobre este extremo no se ha aportado ninguna documentación, siendo sencillo para las Defensas el presentar un certificado negativo respecto de la percepción en las fechas de la ocupación de subvenciones o ayudas, por lo que la interpretación que hizo la Juez de instancia, con la ventaja que la inmediación proporciona, no se considera que sea contraria a la lógica, sin que se haya aportado ninguna justificación de la concurrencia de la situación de necesidad que se invoca, ya que ambos contaban con familiares que podrían haberles acogido, procediendo por tanto la confirmación de la sentencia de instancia también en este punto".

⁹⁴⁰ Vid., Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563): "Subsidiariamente, se alega por la defensa de los imputados la concurrencia de un pretendido estado de necesidad justificante de su conducta. Como es sabido, y así lo

- El acusado reconoció que trabajaba (aunque tuviera ingresos modestos – chatarra-) en el momento de la ocupación y, con su actuar impidió que la vivienda fuera ocupada por otras personas que estaban en peor situación que él, con lo que el mal causado fue mayor que el evitado⁹⁴¹.
- Existían otras alternativas de alojamiento distintas de la ocupación de la vivienda contra la voluntad del titular, pues la propia empresa ofrecía otra vivienda⁹⁴².

declara entre muchas otras la Sentencia de nuestro más alto Tribunal de 30 de septiembre de 1997, la base del estado de necesidad está constituida por la colisión de bienes o deberes, es decir, por el peligro inminente de pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación sacrificando otro bien o deber jurídico de menor o igual valor. Se requiere que la acción sea necesaria, habiéndose referido la jurisprudencia a la inevitabilidad en el sentido de que no exista otra solución o alternativa que evite el conflicto. Pues bien, en el supuesto que nos ocupa *nada se ha probado por la defensa respecto a la concurrencia de tal situación de inevitabilidad* pues si bien es cierto que se puede deducir la escasa capacidad económica de los denunciados del hecho de que con anterioridad vivían toda la familia en una sola habitación, alquilada por 5.000 ptas., sin embargo, no se manifiesta de forma clara, si es que no puede probarse, cuáles son los ingresos del marido, que según declara en el juicio oral, trabaja en el Puerto descargando camiones, aunque no siempre hay. Asimismo, *tampoco consta que se les haya denegado el alojamiento en una vivienda social o local perteneciente a alguna organización asistencial. Ni siquiera se ha probado que los denunciados tengan solicitada la ocupación de vivienda social alguna*, no siendo suficiente la presentación del carnet de solicitante de vivienda a Emvicesa, sin presentación de instancia alguna de solicitud concreta para la vivienda ocupada u otras de protección oficial, falta de prueba que pesa sobre su defensa e impide la apreciación de la eximente y atenuante analógica”.

⁹⁴¹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314): “Apreciada la comisión de este delito, no puede aplicarse la eximente de estado de necesidad que propuso una de las defensas. Esta circunstancia requiere para su aplicación, entre otros requisitos (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1999 y 5 de noviembre de 1994) la pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, necesidad de lesionar un bien jurídico de otro para superar esa situación y que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar. Pues bien, *aparte de reconocer el acusado que en ese momento trabajaba “en la chatarra” cuando realizó la ocupación (lo que parece dar a entender la percepción de ingresos regulares, aunque modestos), con la ocupación de una vivienda de estas características, destinada a ser adjudicada en precario a una familia necesitada, el mal causado fue mayor que el evitado, puesto que seguramente se privó durante un tiempo prolongado de esa vivienda a otras personas que estaban en peor situación que los acusados y que, contrariamente a ellos, habían acudido a Instituciones públicas para solicitar remedio a la falta de vivienda*”.

⁹⁴² Vid., Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 6-9-2001, nº 458/2001, rec. 4362/2001, Pte: Carmona Ruano, Miguel (EDJ 2001/54826): “Tampoco puede acogerse la alegación relativa a estado de necesidad, relacionada con el derecho a la vivienda reconocido en el art. 47 de la Constitución. Habría que decirse respecto a ello, de modo inicial, que tan digno de respeto y protección jurídica sería el derecho a la vivienda de la acusada como el de los trabajadores temporeros a los que se destinaba y cuyo alojamiento constituye un conocido problema social en muchas campañas agrícolas. Pero es que, además, como señala la S A.P. León, Sec. 2ª de 26/10/1998, en párrafo transcrito también por la citada S de la Sec 1ª de la AP de Córdoba de 9/10/2000, es esencial para que pueda apreciarse el estado de necesidad “la inevitabilidad de un mal, es decir, que no se tenga otro medio de salvaguardar el peligro o mal que le amenaza, que infringiendo un perjuicio a daño a un bien jurídico ajeno, viéndose compelido a ello por agotarse todas las posibilidades de dar solución al mal, daño o perjuicio grave en que se encuentra, o está próximo o inmediato a padecer”. En el caso de autos, al igual que ocurría en los casos anteriores que se enjuiciaron en las sentencias que se citan, *la acusada tenía otras alternativas de alojamiento distintas de la ocupación de la vivienda contra la voluntad del titular, ya que, tal como se reconoce en el recurso, incluso se le llegó a ofrecer por la propia empresa otra vivienda, situada dentro de la finca, distante*

- El acusado elige el inmueble que más le interesa para satisfacer su necesidad de vivienda ignorando los derechos de los demás y teniendo otras alternativas reales que no quebrantaban la posesión legítima de terceros⁹⁴³.

aproximadamente un kilómetro. Por ello, como señalan las sentencias citadas, lo que no puede ampararse bajo la alegación de estado de necesidad es que una persona elija el inmueble que más le interese para satisfacerlo ignorando los derechos de los demás cuando tenía otras alternativas reales que no quebrantaban la posesión legítima de terceros. Y no puede compartirse la alegación de imposibilidad de habitar la otra vivienda porque diste un kilómetro de la población y tampoco se ha acreditado un supuesto mal estado de esta vivienda alternativa, que no sólo no tiene apoyo en prueba imparcial alguna sino que está expresamente contradicho por otros testigos. Todo ello sin perjuicio de que esta necesidad de vivienda se tenga en cuenta, conforme al art. 66,1 del Código Penal, a la hora de determinar la pena, como ya se ha hecho por el Juzgado al imponer la pena mínima, tal como por otra parte se solicitaba ya por el Ministerio Fiscal”.

⁹⁴³ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 9-12-2004, nº 555/2004, rec. 411/2004, Pte: Romera Vaquero, María Consuelo (EDJ 2004/275957): “En relación con lo expuesto, procede hacer mención al criterio expuesto por esta Sección en reiteradas resoluciones (así, auto 7 de marzo de 2002-Ponente Mata Amaya, cita sent. AP de Córdoba) en el sentido de que *el legitimar conductas como la que nos ocupa puede llegar a suponer el fin de la política de viviendas sociales pues quien considere que lo necesita acudirá directamente a las vías de hecho "antes de acudir a solicitar vivienda a los poderes públicos que, cuanto menos, suponen un sistema homogéneo y objetivo de las viviendas que tengan a su disposición y permite valorar la necesidad de cada solicitante, circunstancias que no concurren en conductas como las enjuiciadas, en que es el directamente afectado el que decide su estado de necesidad y elige el inmueble que ha de satisfacerle"*. De otra parte, tampoco puede considerarse que la condena de los acusados como autores de un delito del artículo 245.2 del Código Penal infrinja precepto o norma alguna ni concretamente, el artículo 47 de la Constitución, habiendo de reiterarse también al respecto los razonamientos que viene reiterando esta Sección en supuestos como el presente (por todas sent. de 30 de abril de 1999) en el sentido de que los derechos que reconoce el precepto indicado, en relación con el artículo 9,2 también de nuestra Carta Magna "no impiden la tipificación penal de conductas como la enjuiciada de ocupación de inmuebles, pues, junto con el reconocimiento de los derechos a la igualdad y al disfrute de una vivienda digna y adecuada, (imponiendo incluso a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este último derecho) también se reconoce el derecho a la propiedad privada, cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos sino por las causas legalmente establecidas", señalando el auto anteriormente citado de 7 de marzo de 2002 que "la obligación que recae sobre los poderes públicos de promover la efectividad de estos derechos hace referencia a intereses de la colectividad, no de un concreto ciudadano por muy necesitado que esté. *De este modo, el ciudadano afectado, precisamente para hacer efectivo el constitucional principio de igualdad, debe pasar por el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, el de su solicitud y el establecimiento de criterios de preferencias que aseguren la mayor objetividad posible que desde luego, no se consigue con conductas del tipo de las aquí tratadas"*. Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 8-11-2001, nº 182/2001, rec. 176/2001, Pte: Gutiérrez Luna, Manuel (EDJ 2001/69178): “En el caso presente, no concurren los requisitos exigidos por la Ley (artículo 20.5º del Código Penal) y la jurisprudencia. Conforme a ésta (entre otras, STS de 14.03.01), es necesario la existencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es necesario que haya comenzado a producirse, siendo suficiente con que el sujeto paciente pueda apreciar racionalmente, la aparición próxima o inminente de una situación de peligro o riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido, lo que requiere realizar una acción para atajarlo. Esta situación de peligro justifica o exige la necesidad de lesionar un bien jurídico ajeno o infringir un deber, con el fin de soslayar la situación de peligro. Junto a este primer elemento, el segundo, es la necesidad de que el mal o daño que se causa no sea mayor que el que se pretende evitar, lo que obliga a ponderar, en cada caso concreto, los intereses en conflicto para poder calibrar la entidad de los males que se contraponen. En tercer lugar, es preciso que el sujeto que actúe en una de estas situaciones, no haya provocado de forma intencionada tal situación. Y por último, que, el sujeto, no tenga por razón de su cargo u oficio, necesidad de sacrificarse. Asimismo se debe ponderar muy minuciosamente, al hilo de las circunstancias concurrentes en cada caso, que el sujeto haya agotado los recursos o remedios existentes

- Los acusados optaron por lo que era más fácil, que era inmiscuirse, sin consentimiento, en la utilización de una vivienda, después de romper la verja y ventanas, sin haber acudido previamente a los dispositivos públicos que existen, para evitar, las situaciones de grave afectación para la integridad física, vinculadas a la exclusión social, como pueden ser las derivadas de la inmigración ilegal, máxime si se repara, en que la razón de ser de estos dispositivos, es detectar de inmediato y atender con prontitud, a aquellas situaciones, que verdaderamente puedan comprometer, la integridad física de aquellas personas que pudieran verse afectadas por las mismas⁹⁴⁴.

para solucionar el conflicto, sin necesidad de proceder a la lesión de otros bienes jurídicos. Ninguno de estos requisitos están presentes, ni directa ni indirectamente, en el relato fáctico que constituye el antecedente de la decisión inculpatoria. *Se trata de personas jóvenes, que en momento anterior, fueron arrendatarios de la propia vivienda, si bien en momento posterior y tras hacer entrega de la llave a su propietario, quedaron con una copia de llave para tener acceso de nuevo al inmueble, cambiar la cerradura y permanecer en la vivienda.* No se ha probado la existencia de ninguno de los requisitos que se exige por la doctrina jurisprudencial para poder acceder a apreciar la situación del estado de necesidad, por lo que, procede rechazar el motivo, y confirmar la sentencia recurrida”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 6-9-2001, nº 458/2001, rec. 4362/2001, Pte: Carmona Ruano, Miguel (EDJ 2001/54826): “Tampoco puede acogerse la alegación relativa a estado de necesidad, relacionada con el derecho a la vivienda reconocido en el art. 47 de la Constitución. Habría que decirse respecto a ello, de modo inicial, que tan digno de respeto y protección jurídica sería el derecho a la vivienda de la acusada como el de los trabajadores temporeros a los que se destinaba y cuyo alojamiento constituye un conocido problema social en muchas campañas agrícolas. Pero es que, además, como señala la S A.P. León, Sec. 2ª de 26/10/1998, en párrafo transcrito también por la citada S de la Sec 1ª de la AP de Córdoba de 9/10/2000, es esencial para que pueda apreciarse el estado de necesidad “la inevitabilidad de un mal, es decir, que no se tenga otro medio de salvaguardar el peligro o mal que le amenaza, que infringiendo un perjuicio a daño a un bien jurídico ajeno, viéndose compelido a ello por agotarse todas las posibilidades de dar solución al mal, daño o perjuicio grave en que se encuentra, o está próximo o inmediato a padecer”. En el caso de autos, al igual que ocurría en los casos anteriores que se enjuiciaron en las sentencias que se citan, la acusada tenía otras alternativas de alojamiento distintas de la ocupación de la vivienda contra la voluntad del titular, ya que, tal como se reconoce en el recurso, incluso se le llegó a ofrecer por la propia empresa otra vivienda, situada dentro de la finca, distante aproximadamente un kilómetro. Por ello, como señalan las sentencias citadas, *lo que no puede ampararse bajo la alegación de estado de necesidad es que una persona elija el inmueble que más le interese para satisfacerlo ignorando los derechos de los demás cuando tenía otras alternativas reales que no quebrantaban la posesión legítima de terceros.* Y no puede compartirse la alegación de imposibilidad de habitar la otra vivienda porque diste un kilómetro de la población y tampoco se ha acreditado un supuesto mal estado de esta vivienda alternativa, que no sólo no tiene apoyo en prueba imparcial alguna sino que está expresamente contradicho por otros testigos. Todo ello sin perjuicio de que esta necesidad de vivienda se tenga en cuenta, conforme al art. 66,1 del Código Penal, a la hora de determinar la pena, como ya se ha hecho por el Juzgado al imponer la pena mínima, tal como por otra parte se solicitaba ya por el Ministerio Fiscal”.

⁹⁴⁴ Vid., Audiencia Provincial de Navarra, sec. 2ª, S 2-7-2002, nº 83/2002, rec. 52/2002, Pte: Cobo Sáenz, José Francisco (EDJ 2002/41772): “No concurre, como bien se argumenta en la sentencia recurrida, la causa de exclusión de la antijuridicidad, prevenida en el núm. 5 del art. 20 del Código Penal, es decir, la relativa al estado de necesidad. Dadas las circunstancias ya apuntadas, relativas, a la forma en que accedieron a la vivienda, la continuidad en la ocupación, su ideación para que no fuera percibida su presencia desde el exterior y *la no justificación, de que, no hubieran podido obtener, los acusados, de algún tipo de atención, por los dispositivos, que existen, en esta Comunidad Foral, para evitar, las situaciones de grave afectación para la integridad física, vinculadas a la exclusión social, como pueden*

- El acusado realiza algunos trabajos (trabaja de limpiabotas, tiene una furgoneta y se dedica a la chatarra) y su esposa se halla en edad de trabajar y de obtener ingresos para el sustento familiar⁹⁴⁵.

ser las derivadas de la inmigración ilegal. Máxime si se repara, en que la razón de ser de estos dispositivos, es detectar de inmediato y atender con prontitud, a aquellas situaciones, que verdaderamente puedan comprometer, la integridad física de aquellas personas que pudieran verse afectadas por las mismas. Simplemente, ni Toufik, ni Hichem, se encontraban, en esta premiosa situación de necesidad, optaron por lo que era más fácil, pero también, por lo que les podía comportar, perceptiblemente para ellos, las más perjudiciales consecuencias, es decir, inmiscuirse sin ninguna autorización, en la utilización de una vivienda perfectamente apta para ser habitada, accediendo a la misma, por un lugar, no dispuesto para el ingreso en la misma, y con perceptibles signos de forzamiento”.

⁹⁴⁵ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 27-7-2004, nº 350/2004, rec. 262/2004, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 2004/275433): “La aplicación de las pautas y criterios jurisprudenciales que se acaban de reseñar impiden acoger el recurso. Y ello porque en la causa ha quedado acreditado que, *aun siendo cierto que los acusados padecían una situación económica notablemente precaria*, ello no quiere decir que estuvieran abocados necesariamente a realizar la acción delictiva de ocupación del bien inmueble ajeno. Y tampoco es cierto que hubieran agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de incurrir en el ilícito penal. Y así, en la causa consta que *el acusado trabaja de limpiabotas por la calle Orense, como él mismo admitió. Además tiene una furgoneta y se dedica a la chatarra*. Y en lo que respecta a su esposa, Araceli, cuando ejecutó los hechos tenía 26 años, pese a lo cual no consta que realice ningún trabajo que permita complementar los ingresos de su esposo y solventar parcialmente la situación. Por consiguiente, aun siendo cierto que no consta la existencia de familiares que estén dispuestos a proporcionarles una vivienda, *sí se ha probado que el acusado realiza algunos trabajos y que su esposa se halla en edad de trabajar y de obtener ingresos para el sustento familiar*. A tenor de lo que antecede, es claro que no se dan los requisitos legales para aplicar la eximente de estado de necesidad en su modalidad de completa, toda vez que ni se da la situación límite exigible para su aplicación, ni consta que los acusados hayan agotado todos los recursos o remedios a su alcance para solventar el conflicto de intereses que se suscitan en el caso”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 2-10-2008, nº 455/2008, rec. 257/2008, Pte: Perdices López, Araceli (EDJ 2008/247468): “En el segundo motivo de impugnación se denuncia la aplicación indebida de la eximente de estado de necesidad. *El que ambos apelantes hayan sido declarados insolventes a la vista de la información remitida por la Agencia Tributaria, no significa que se encuentren en una situación de necesidad de cara a la eximente de este nombre regulada en el art. 20.5 del CP*. Para apreciar esta eximente es preciso, en primer lugar, que el mal que amenaza la integridad del bien jurídico que se trata de salvar mediante la lesión de otro bien jurídico en conflicto se presente como real, grave, actual o inminente, es decir, que sitúe al sujeto ante la necesidad de actuar para evitar la inmediata lesión, y que, en segundo lugar, se compruebe en la medida de lo posible que el autor ha agotado los medios alternativos lícitos que razonablemente puedan considerarse a su alcance para evitar el mal que amenaza antes de acudir al hecho delictivo. Pues bien la información remitida por la Agencia Tributaria lo que pone de manifiesto es *la inexistencia de bienes, rentas o ingresos declarados, pero no que se carezca de ingresos procedentes del trabajo máxime cuando el acusado reconoció en su declaración judicial en fase de instrucción que trabajaba de vendedor ambulante, señalando también, al igual que lo manifestó entonces la apelante, que antes habían vivido con su padres*, manifestaciones estas a las que ha recurrido el Juez “a quo” al no haber comparecido ninguno de ellos al plenario”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 11-6-2014, nº 355/2014, rec. 6903/2013, Pte: Echavarri García, María Auxiliadora (EDJ 2014/137318): “Los acusados tratan de justificar su conducta en la falta de medios económicos para acceder a una vivienda, e interesan la aplicación de la eximente bien completa o incompleta de estado de necesidad. Debemos de partir de la base, que los hechos que dan lugar a la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben de estar tan probados como el hecho mismo. El T.S. ha afirmado (SS 4/05/92, 30/04/91, 6/11/90) que para apreciar esta eximente, no es suficiente la mera situación de paro laboral sin otras connotaciones, las cuales han de ser probadas por quien las alega: situación familiar, de salud, social. *Los acusados reconocieron los dos en el acto del juicio, que trabajaban en el mercadillo, manifestando el acusado que trabajaba para una empresa de vigilante de seguridad, y además en el mercadillo, en el que asimismo trabajaba la acusada*. Los acusados no han acreditado, que se encontrasen en una situación tal de necesidad económica perentoria, que le empujara indefectiblemente a cometer un delito de usurpación, para evitar un mal mayor que sería un perjuicio inminente para ellos o para su familia. En absoluto está

- Al tener en cuenta la juventud de los acusados, la posibilidad de acceder a trabajos más o menos temporales, y la reunión de un grupo para el alquiler conjunto de alguna vivienda, no se ha acreditado que se hayan agotado las posibilidades existentes⁹⁴⁶.

acreditado ni el carácter extremo de su situación, ni que se hubieran agotado todas las posibilidades de acudir a alguna vía legal paliativa o alternativa a la comisión del delito. Por lo que procede la desestimación de este motivo del recurso”.

⁹⁴⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-10-2004, nº 312/2004, rec. 299/2003, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña (EDJ 2004/173138): “Por lo que respecta al estado de necesidad. Como circunstancia eximente de estado de necesidad del artículo 20.5 del Código Penal. Precisa el estado de necesidad, en la inevitabilidad del mal, es decir que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que infringiendo un mal al bien jurídico ajeno, de modo que si el mal causado es menor que el que se trata de evitar (ataque a la propiedad de otro para conservar la vida, integridad física o salud propios como más típico), estaremos ante una causa de justificación y si hay paridad entre ambos bienes jurídicos tutelados estaremos ante una causa de inculpabilidad, conforme a la teoría diferenciadora del estado de necesidad, predominante en la doctrina. Supuesta aquella situación de necesidad como elemento esencial, el mal que amenaza ha de ser actual o inminente. Asimismo, respecto del acto necesitado, además de ser inevitable, conforme a la misma esencia de la eximente, ha de ser proporcionado (vid. SSTs 28-9-1989, 20-3-1991, 29-5-1997 o 19-10-1998). El estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, de modo que no puede tenerse en cuenta si el peligro ya ha pasado o se ha producido de manera irremediable, es decir, el mal ha de estar latente. Partiendo de la exigencia de gravedad e inminencia, no se estima en situación de angustia o estrechez económica, no siendo suficiente la mera situación de paro laboral sin otras connotaciones. Es necesario que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico; y- que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable (vid. SSTs 9-12-1985, 21-1-1986, 17-10-1990, 6-11-1990, 30-4-1991 o 16-7-1991). *Circunstancias que como ya ha razonado con buen criterio por la juez a quo no se observa la concurrencia de aquella situación extrema; teniendo en cuenta la juventud de los acusados, la posibilidad de acceder a trabajos más o menos temporales, y la reunión de un grupo para el alquiler conjunto de alguna vivienda. No se ha acreditado que se hayan agotado las posibilidades existentes.* En cuanto a la inexigibilidad de otra conducta, resulta aplicable el mismo razonamiento expuesto que para el estado de necesidad. Que no se acoge como causa inculpabilidad, habida cuenta que entre las conductas posible existe una conjunto de conductas posibles por parte de los condenado, que no constan hayan sido agotadas tanto de acudir a la vía asistencial tanto pública como privada”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 19-12-2013, nº 572/2013, rec. 423/2013, Pte: Porres Ortiz de Urbina, Eduardo de (EDJ 2013/287519): “Lo único que se cuestiona en el recurso es la procedencia de aplicar la eximente de estado de necesidad. La jurisprudencia se ha decantado en sentido negativo, señalando (Sentencia de 1 de octubre de 1999) que el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la jurisprudencia pues no en balde *se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica.* Cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: a) pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que «a posteriori» corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y e) que

- Los acusados no carecían absolutamente de un lugar en que vivir en condiciones no infrahumanas, ya que lo hacían en el domicilio de la madre, aunque padecieran en él de hacinamiento y de la indeseada convivencia con algún hermano drogadicto (condición, que concurría también en la pareja de la acusada, que no consta la hubiera superado)⁹⁴⁷.
- Los acusados contaban con un nivel cultural y social suficiente para saber acudir a los recursos de ayuda social existentes y, por lo tanto, para intentar resolver sus problemas económicos sin necesidad de acudir a la actuación ilícita⁹⁴⁸.

ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos y refiriéndonos a las situaciones de estrechez económica la jurisprudencia viene exigiendo no sólo acreditar cumplidamente la situación de necesidad sino justificar que se ha acudido a las instituciones de protección social y que no existe otro modo menos lesivo para hacer frente a una situación de necesidad angustiosa. En este caso, ni se ha probado la situación de extrema necesidad, dado que *los tres condenados son personas en edad laboral y con capacidad para obtener recursos económicos para sobrevivir, y en tanto que no se ha probado que los recurrentes hayan instado algún tipo de ayuda social y sus peticiones hayan sido desatendidas, razón por la que no cabe apreciar la eximente interesada*".

⁹⁴⁷ Vid., Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, S 15-4-2005, nº 185/2005, rec. 1762/2005, Pte: Paúl Velasco, José Manuel de (EDJ 2005/323372): "Pareja suerte desestimatoria debe correr el motivo articulado con implícito carácter subsidiario, en el que la defensa postula la aplicación como completa de la eximente de estado de necesidad, ya apreciada como incompleta en la sentencia impugnada. En este punto bastaría, de nuevo, remitirse a las acertadas consideraciones que la Magistrada a quo vierte en el tercer fundamento de su resolución. La situación en que la acusada y su familia se encontraban en punto a vivienda, con ser ciertamente grave, no era tan dramática como para fundamentar un estado de necesidad completo; pues *no carecían absolutamente de un lugar en que vivir en condiciones no infrahumanas, ya que lo hacían en el domicilio de la madre, aunque padecieran en él de hacinamiento y de la indeseada convivencia con algún hermano drogadicto (condición, que como señala agudamente la sentencia de instancia, concurría también en la pareja de la acusada, que no consta la hubiera superado), de modo que la situación no era tan insostenible como para que la acusada no pudiese seguir aguardando a la adjudicación de una vivienda por los poderes públicos, a cuyo efecto estaba ya incluida en una lista de máxima prioridad*".

⁹⁴⁸ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2006, nº 127/2006, rec. 445/2005, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2006/17999): "En último lugar se alega infracción de normas del ordenamiento jurídico por inaplicación del artículo 20. 5º del Código Penal y 21,6º del Código Penal refiriendo que los acusados han acreditado suficientemente la eximente completa de estado de necesidad a la vista el informe social aportado, señalando que ambos carecen de trabajo, tienen un hijo menor enfermo de asma, además de que Dª Lucía también padece asma. 5.1.- Las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 19 de octubre de 1998, 29 de mayo de 1997 y 14 de octubre de 1996, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, establecen que "cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente, pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo, necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que "a posteriori" corresponderá formular a los Tribunales de Justicia, que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y, que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. En ampliación de los requisitos

- No se hubiese demostrado que carecieran de ayuda familiar, ni que hubieran agotado las instancias necesarias para solicitar ayuda pública para obtener una vivienda o que se encontrasen incapacitados para obtener recursos por medio del trabajo, ya que se trataba de personas jóvenes que no constaba que padeciesen ninguna enfermedad que les imposibilitase trabajar y obtener recursos para pagar un alquiler⁹⁴⁹.

jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y en la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente". 5.2.- A la vista de la anterior doctrina y del material fáctico aportado en las actuaciones entendemos al igual que la Magistrada del Juzgado de lo Penal en los hechos ahora enjuiciados no se cumplen los requisitos establecidos en el párrafo 5º del artículo 20 del Código Penal para poder apreciar la eximente de estado de necesidad. Consta el informe social referido por el recurrente en los folios 149 y 150 de las actuaciones y, sin perjuicio de que dicho informe no ha sido ratificado en acto de juicio oral, bien como informe pericial, bien como declaración testifical, del mismo *no se desprenden datos suficientemente significativos para considerar que los acusados se encontraban en estado necesidad tan alarmante como para ocupar una vivienda ajena, constando que los acusados cuentan con un nivel cultural y social suficiente para saber acudir a los recursos de ayuda social existentes y, por lo tanto, para intentar resolver sus problemas económicos sin necesidad de acudir a la actuación ilícita*. No se aprecia que los acusados se encontraran en una situación inminente ni grave, que provoquen una necesidad de ocupar la vivienda del IVIMA para evitar un hipotético y no probado peligro inminente y grave, inevitable por otros medio, acudiendo por la vía de hecho a la ocupación de una vivienda de propiedad pública, del IVIMA, que adjudica las viviendas conforme a los criterios y baremos reglamentariamente establecidos y en los que quizás dé preferencia a otras familias con más necesidad que la de los acusados".

⁹⁴⁹ Vid., Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348): "Dicho esto, si ya resulta en principio difícil acreditar que la ocupación inmobiliaria con vocación de permanencia, en nuestra sociedad, sea un mal inevitable, no cabe sustraer tal consideración a la total ausencia de prueba que pudiese llevar a esta Sala a concluir que la acusada se viera abocada en este caso concreto al delito, porque hubiese agotado todas las demás posibilidades que se le ofrecieron para no quedarse literalmente en la calle, luego la respuesta a esta cuestión no puede ser otra que su desestimación. Lo anterior ya impediría dar entrada a la eximente que como se recuerda en la sentencia y tiene señalado reiterada jurisprudencia, debe ser acreditada por quién la alegue y en el caso presente, en el que *no se ha demostrado que carecieran de ayuda familiar, ni que hubieran agotado las instancias necesarias para solicitar y obtener ayuda pública para obtener una vivienda o que se encontraran incapacitados para obtener recursos por medio del trabajo, ya que son personas jóvenes que no consta que padezcan ninguna enfermedad que les imposibilite trabajar y obtener recursos para pagar un alquiler, no cabe concluir que nos encontremos ante un estado de necesidad con relevancia penal*". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 2-10-2006, nº 787/2006, rec. 25/2006, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del (EDJ 2006/367784): "Se articula la impugnación, sobre el argumento de que ha habido error en la valoración de la prueba, al no haberse admitido la concurrencia de la eximente de estado de necesidad, pues la madre y uno de sus hijos padecen distintas enfermedades que acentúan la necesidad de una vivienda y por otro las imposibilitan para realizar una actividad económica, que le reporte unos beneficios económicos con los que sufragar esas necesidades. Las hermanas que no padecen enfermedades, precisan cuidar de sus familiares y por ello tampoco pueden realizar un trabajo remunerado. De otra parte se señala que se ha solicitado de la administración una vivienda, por las razones antes indicadas, sin que les haya sido adjudicada. Partiendo de la admisión de los hechos declarados probados, que las apelantes no cuestionan, hay que señalar que el recurso no puede prosperar, pues no ha quedado acreditada la existencia del estado de necesidad que se proclama. La realidad pone de

- La propia acusada reconoce que, tras la ocupación ilegal, hablaron con el propietario y pactaron (aunque luego no se cumpliera el pacto) unos 500 € de renta al mes, porque tal cantidad o aproximada era la que estimaban

manifiesto, la precaria situación económica de las personas que llevan a cabo conductas como la que ahora se revisa, sin embargo también hay muchas personas en idéntica situación que respeta las condiciones exigidas por la administración para la adjudicación de esas codiciadas viviendas. Del examen de la documental que obra en la causa, se desprende que *la unidad familiar está compuesta por la madre y cuatro hijos. Uno de estos hijos al parecer sufre una discapacidad, cobrando por ello una pensión, también disfruta de una pensión de invalidez la madre D^a Magdalena. De esa misma documental se desprende que efectivamente Magdalena, es una persona con una salud delicada. Sin embargo no contamos con datos que permitan afirmar que el resto de los miembros de la unidad familiar, todos o alguno de ellos, no estén en condiciones de desarrollar un trabajo remunerado, que les permita hacer frente a sus necesidades económicas. Respecto a la alegación de haber sido peticionario de una vivienda pública, hay que señalar que el no haber obtenido una respuesta positiva a esa pretensión, no legitima un comportamiento como el que ahora se enjuicia, pero es que además consta a los folios 246 y ss. y 258, que la administración procedió al archivo de esas peticiones al no cumplimentarse debidamente los respectivos expedientes.* El estado de necesidad exige la concurrencia de una serie de elementos, que son: realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional o familiar; podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico; y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable (STS 21-1-1986). Las SSTS 1125/2000 y 1662/2000 dicen que "por ello se extrema la exigencia del estado de necesidad actual e inminente, y también la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros medios". Es decir, se exige una situación de necesidad actual, inminente y grave y la imposibilidad de resolverlo por otros medios y ésta no es la situación que se describe en la sentencia impugnada". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3^a, S 22-6-2009, n^o 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana María, (EDJ 2009/397904): "Sentado lo anterior, no pueden ser atendidas las razones expuestas en el escrito de recurso respecto que las motivaciones de la recurrente para ocupar la vivienda que se hallaba vacía y en malas condiciones lo era el estado de necesidad en que se encontraba y que la llevó a ocupar la vivienda para poder permanecer junto con sus hijos pequeños, aduciendo igualmente que el propietario no se puso en contacto con ella hasta que no quiso vender la vivienda; alega respecto de la falta que cuando entró en la vivienda esta tenía agua corriente. Efectivamente, de la prueba que se practicó en el plenario, se desprende el acierto de la valoración de la juez a quo, por cuanto de dicha prueba se colige con claridad, de sus propias manifestaciones, que *la recurrente cuando ocupó la vivienda no tenía hijos, lo que desvirtúa plenamente sus alegaciones, amén de ser atendidos los gastos de los menores que sí tuvo con posterioridad, por el padre de los mismos, sin que conste, de otra parte, que la recurrente con 19 años de edad cuando ocupó la vivienda no conviviese con su familia y viviese en la calle, o con otras personas, ni los motivos de ello, tampoco que no haya podido trabajar, a pesar de encontrarse en plena edad laboral.* De otro lado, aunque no se requiera por el propietario Celso personalmente a la acusada, para que no ocupase y desalojase la vivienda, lo cierto es que esta se introdujo en ella a sabiendas de que no tenía el consentimiento de su propietario, el cual sí interpuso la querella que se dio traslado a la acusada, lo que sin duda se vio obligado a hacer ante la ocupación del edificio entero por personas no autorizadas por el mismo, estando dicho edificio con anterioridad ocupado por inquilinos con los que se pactó por la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, el realojo, para proceder al derribo de las viviendas, siendo precisamente una de ellas en la que con posterioridad se introdujo la acusada, interponiéndose la querella por el propietario contra la misma, de la que se le ha dado traslado, sin que al momento del plenario halla desalojado ésta, y privando así a su propietario de poder realizar el proyecto de construcción de un nuevo edificio. *Tampoco consta que por la recurrente se haya acudido al Ayuntamiento a solicitar algún tipo de vivienda social, u otro tipo de ayuda.* Para que concurra en la conducta de la acusada la eximente de estado de necesidad se exige la realidad de un mal propio o ajeno, que este mal sea grave e inminente, que el sujeto se actúe a instancias de este mal, que en el tipo que tratamos no lo sea una mera estrechez económica y que se hayan agotado los recursos que se tienen al alcance. Requisitos que conforme se ha expuesto no se dan en la acusada por lo que no procede aplicar la exención de responsabilidad interesada".

los acusados que podían abonar, siendo la cifra de 500 € al mes y aún menos (unos 300 €) suficiente para alquilar, habitaciones para dos personas en pisos compartidos⁹⁵⁰.

- Tras haber sido requeridos los acusados para abandonar el inmueble, y habiendo dejado de vivir en él, mantuvieron bajo su control la casa, utilizándola como almacén de sus pertenencias⁹⁵¹.

⁹⁵⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-10-2009, nº 649/2009, rec. 316/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/304441): “Alegan en segundo lugar los apelantes que existe error en la apreciación de la prueba en cuanto a la concurrencia de las bases fácticas en las que se asentaría la eximente de estado de necesidad del artículo 20.5 del CP. Los argumentos generales empleados en el fundamento jurídico anterior en relación a la apreciación de la prueba, son aplicables en relación a este argumento esgrimido por los apelantes. En todo caso corresponde a la defensa la prueba de los elementos fácticos que sustentan la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad eximente completa o incompleta o atenuante, como incumbe a la acusación la prueba de los elementos de hecho que implican la concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante (Sentencias del Tribunal Supremo de 3.11.03; 2.10.03; 15.11.01,...entre otras muchas). La defensa no ha acreditado la condición de absoluta indigencia, de ausencia de cualquier otro tipo de alternativa en los acusados que les obligara a llevar a cabo la acción descrita en los hechos probados. *Es más no sólo existe tal carencia de prueba de la concurrencia de un estado de absoluta necesidad vital que justificara atentar contra el bien jurídico de la propiedad ajena, sino que, de las declaraciones de la acusada Carlota, se infiere que su situación económica no es tan precaria. Señala expresamente dicha acusada que "quedaron (con el propietario) en un alquiler de 500 € al mes". Si la propia acusada reconoce que, tras la ocupación ilegal, llegaron a hablar con el propietario y pactaron (desde luego finalmente tampoco se cumplió el pacto) unos 500 € de renta al mes, es porque tal cantidad o aproximada era la que estimaban los acusados podían abonar. Desde luego con 500 € al mes y aún menos (unos 300 €) pueden alquilarse en nuestra Comunidad Autónoma, habitaciones para dos personas en pisos compartidos (así lo hacen miles de emigrantes en nuestro territorio), por lo que difícilmente puede concluirse que a los acusados no les quedara otra opción vital que la de ocupar una vivienda sin autorización de su propietario.* Este segundo motivo de impugnación tampoco puede prosperar y procede confirmar la resolución recurrida”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 9-5-2013, nº 168/2013, rec. 88/2013, Pte: Altares Medina, Pedro Javier (EDJ 2013/161719): “Y tampoco se aprecia la concurrencia (ni como eximente completa, ni como eximente incompleta) del estado de necesidad, del art. 20.5 del C.P. Con independencia de que no se han precisado de manera cabal y completa todas las circunstancias personales, familiares, económicas y de todo tipo de los acusados, relevantes para valorar la posible concurrencia de dicha eximente, tal y como destacó el Ministerio Fiscal los propios acusados reconocieron tener otros familiares cercanos con los que vivían. *Habiendo reconocido las dos testigos que declararon a propuesta de la defensa que viven en el mismo edificio en el que está la vivienda usurpada por los acusados, y que pagan 71 y 88 euros mensuales de alquiler al I.V.V.; cantidades que no se aprecia que no puedan ser pagadas por los acusados, aun atendiendo a los solos ingresos reconocidos por ellos*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 23-4-2014, nº 299/2014, rec. 557/2014, Pte: Hidalgo Abia, Miguel (EDJ 2014/83167): “Ocupación ilegal que no es discutida en el escrito de recurso, en el que se admite la misma, si bien interesando la libre absolución del acusado por considerar que concurría en él la eximente de esta de necesidad, contemplada en el artículo 20.5ª del Código Penal. Pretensión que procede rechazar por las consideraciones que expone el juzgador de instancia en su sentencia y, además, porque *es el propio acusado en juicio el que admite que tiene unos ingresos mensuales de 750 euros y que podría haber pagado una renta por alquiler de una habitación por unos 250 euros, que es lo más barato que se cobra en su barrio, pero que no llegó a alquilarla por el ruido que suelen causar otros inquilinos de habitaciones individuales dentro de una misma casa.* Extremos, insistimos, reconocidos por el acusado que evidencia que no hay una situación de indigencia, sino de percepción de ingresos mensuales que le permitirían vías de resolución que no sea la antijurídica de ocupación ilegal de viviendas”.

⁹⁵¹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 28-3-2011, nº 292/2011, rec. 92/2011, Pte: Guardiola García, Javier (EDJ 2011/117572): “Los acusados mantuvieron la ocupación de la casa en cuestión

- Los acusados tenían a su disposición otra vivienda municipal cedida en régimen de alquiler social que podían habitar con independencia de las personas con quienes tuvieran que compartirla sin necesidad de ocupar reiteradamente un bien ajeno⁹⁵².
- El acusado se llevaba mal con sus padres, lo cual se reputa insuficiente para justificar un estado de necesidad, ni siquiera por vía de atenuante analógica⁹⁵³.

durante varios meses, aun después de ser requeridos por los propietarios para que la abandonaran (cuando al regresar de sus vacaciones comprobaron que se habían instalado en ella); e incluso cuando dejaron de habitar en ella la mantuvieron cerrada bajo su control, dejando en ella sus objetos personales. Si pudiera admitirse que la situación de necesidad puntual llevara a los imputados a ocupar el inmueble (lo que no resulta tampoco demostrado, toda vez que ocupaban con anterioridad otra vivienda en precario, y habitaron más tarde en otros lugares), *es de todo punto obvio que no puede pretenderse extender la cobertura de esta situación de necesidad al momento en que, tras haber sido requeridos para abandonar el inmueble, y más tarde habiendo dejado de vivir en él, mantuvieron bajo su control la casa, utilizándola como almacén de sus pertenencias. No se trata, en el presente caso, de que se ocupara la vivienda para satisfacer la inmediata necesidad de techo y lecho, sino de que los acusados hicieron propio el inmueble, primero para habitarlo, y después para servirse de él como almacén.* La acreditada situación de los imputados no puede alcanzar a justificar este uso del inmueble con exclusión de terceros (incluidos sus legítimos propietarios) adueñándose de un bien de ajena pertenencia sin título alguno, incluso cuando disponían de otro lugar donde habitar; como por otra parte con razón afirmó la resolución recurrida en su Fundamento de Derecho tercero. La previsión del artículo 245.2 del Código penal, que se extiende, además de a inmuebles y viviendas, a otros edificios no constitutivos de morada, otorga cobertura a estos supuestos, y ha sido adecuadamente aplicada. Como afirmara ya esta Sección, "no es el criterio de la habitabilidad el que ha de considerarse para hacer entrar en juego la norma penal, sino el del bien jurídico que se trata de proteger con ésta, que es, como se ha dicho, la posesión del propietario socialmente manifiesta"; y a criterio de la Sala se afectó esta posesión de forma penalmente relevante".

⁹⁵² Vid., Audiencia Provincial de Albacete, sec. 2ª, S 11-10-2011, nº 264/2011, rec. 145/2011, Pte: González Carrasco, María del Carmen (EDJ 2011/255736): "Por el primero de los acusados, Edmundo, se alega el carácter ruinoso de la vivienda que se derivaría de la declaración de la funcionaria del Instituto Municipal de la Vivienda que depuso en el acto del juicio y de la documentación aportada a los autos por la que se justificó en su día el precinto del inmueble. Entiende el apelante que dicho carácter ruinoso que conlleva que el inmueble sea inhabitable justifica el estado de necesidad alegado, ya que si ocuparon el mismo es porque no tenían otro lugar donde vivir. Y además, dicho carácter convertiría el hecho en no punible por el principio de intervención mínima del Derecho Penal, y de serlo, la pena debería ser menor. El recurso ha de ser desestimado. El estado ruinoso o carente de condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas es indiferente a los efectos de configurar el delito de usurpación por el que el apelante viene condenado, cuya tipificación parte precisamente de la ocupación de un inmueble que no constituya vivienda. Y respecto del estado de necesidad alegado, el mismo no se sostiene desde el momento en que la testifical de la Sra. Funcionario del Instituto Municipal de la Vivienda y Urbanismo de Albacete, que ha sido valorada de forma inmediata por el Juzgador a quo de forma lógica y razonable y por lo tanto inatacable en esta vía de recurso demuestra que *los apelantes tenían a su disposición otra vivienda municipal cedida en régimen de alquiler social que podían habitar con independencia de las personas con quienes tuvieran que compartirla sin necesidad de ocupar reiteradamente un bien ajeno*".

⁹⁵³ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 8-11-2012, nº 483/2012, rec. 7/2012, Pte: Oliván Lacasta, Pilar (EDJ 2012/280842): "Igualmente debe decaer la pretendida aplicación de las atenuantes de estado de necesidad y dilaciones indebidas... Pues bien, tal rechazo se motiva en la sentencia de instancia, y no se incorporan argumentos sólidos a través del recurso para llegar a conclusión distinta. *La razón que se esgrimió en el plenario por el acusado es que se llevaba mal con los padres, lo cual es insuficiente para justificar ese estado de necesidad, ni siquiera por vía de atenuante analógica.* Además,

- El acusado no eligió una casa cualquiera, sino una propiedad, de 230 m2 contruidos, distribuida en living, comedor, cuatro dormitorios, cocina, despensa, dos baños, ducha, patio y terrazas, sita en una parcela de 2.000 m2 al lado del mar, y ello sin acreditar una situación económica tan precaria, que la salud se viese amenazada sin la ocupación⁹⁵⁴.
- No consta la denegación del auxilio oficial o de cualquier otra organización aun sin ánimo de lucro para paliar una situación que precisara de la atención, y en su caso, remedio de la misma⁹⁵⁵.

no consta que acudieran a los servicios sociales, ni siquiera ha comparecido ningún pariente o amigo que pudiera corroborar esa precaria situación”.

⁹⁵⁴ Vid., Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 22-1-2013, nº 10/2012, rec. 283/2012, Pte: Ordóñez Delgado, María del Carmen (EDJ 2013/9259): “En segundo lugar, el análisis de la prueba practicada conduce a esta Sala a considerar que también debe decaer la alegación de la recurrente respecto del error en la valoración de la prueba al no estimarse en la Sentencia la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de estado de necesidad y legítima defensa: La primera de ellas por cuanto ha quedado acreditado que la acusada se limitó a elegir una "vivienda" que creía vacía para independizarse de la pareja con la que hasta el momento venía conviviendo (testigos de la defensa) para instalarse allí con enseres personales y sus perros y para ello, *no eligió una casa cualquiera, sino una propiedad, de 230 m2 contruidos, distribuida en living, comedor, cuatro dormitorios, cocina, despensa, dos baños, ducha, patio y terrazas (folio 38 de las actuaciones)sita en una parcela de 2.000 m2 al lado del mar*. Por otro lado, la acusada *tampoco ha acreditado que su situación económica fuera tan precaria como pretende*, señalando que la jurisprudencia tiene sentado que ni la angustia ni la estrechez económica, ni la situación de paro laboral se configuran por sí mismas como motivos para apreciar el estado de necesidad. Evidentemente, *tampoco ha quedado acreditado que la salud de la acusada se viera amenazada si no hubiese ocupado la propiedad*. En definitiva y como se dice en la Sentencia *parece cuanto menos, poco serio, hablar de estado de necesidad*”.

⁹⁵⁵ Vid., Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 14-2-2013, nº 32/2013, rec. 12/2013, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2013/98752): “Siendo que es la propia condenada quien reconoce la ocupación, y así es expresamente recogido en la Sentencia recurrida (véase folio 198, párrafo segundo), sin que de otra parte concurra la eximente de estado de necesidad, no procederá, al ser reiterada doctrina jurisprudencial la que declara (por todas, STS de 3-12-09), que la esencia de tal eximente, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone (dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva) con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual. De estos elementos merecen destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respeto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente a favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades. Proyectando cuanto antecede al caso que se examina, *no consta la denegación del auxilio oficial o de cualquier otra organización aún sin ánimo de lucro para paliar una situación que precisará de la atención, y en su caso, remedio de las mismas. Por lo que no procederá estimarse la alegación del recurrente*”.

- El acusado manifestó que le gustaría que la propiedad le alquilase la vivienda, expresión inconciliable con una situación de estado de necesidad⁹⁵⁶.

⁹⁵⁶ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 19-11-2013, nº 1063/2013, rec. 285/2013, Pte: Iglesias Martín, José Carlos (EDJ 2013/286417): “Idéntica suerte desestimatoria habrá de correr la pretensión de que se apreciase en su actuación la eximente de estado de necesidad. Como bien expuso el Juzgador en su sentencia, no existe en autos la menor base para apreciar situación de estado de necesidad en los acusados. Dicho estado es la condición indispensable y básica para la existencia de la causa exculpatoria de responsabilidad criminal de dicho nombre, ya sea completa o incompleta, y tal expresión no significa otra cosa que la situación de que, ante un mal real e inminente que le acucie, se carezca de todo medio legítimo para defenderse de él. Así las cosas, en el caso de autos no aparece acreditado que el acusado se viese amenazado por mal cierto, positivo, apremiante, urgente e inaplazado, que no pudiera haberse evitado sin acudir a la infracción jurídica por él cometida, ello al no poder darse carácter de tal a una hipotética situación económica apurada, existiendo sin dudas vías para allanar tales dificultades sin necesidad de acudir a la comisión de hechos delictivos, como por ejemplo la ayuda familiar o el apoyo de instituciones o asociaciones, debiendo significarse además que *cuando el acusado Sr. Elías depuso ante el Juez de instructor manifestó que le gustaría que la propiedad le alquilase la vivienda, expresión inconciliable con una situación de estado de necesidad*”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 21-1-2013, nº 6/2013, rec. 1032/2012, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/19604): “Partiendo de las consideraciones que anteceden, la Sala estima que en el presente caso procede la revocación de la sentencia apelada puesto que, oídos los acusados, puede afirmarse que la conclusión obtenida por la juzgadora de Instancia es consecuencia de una valoración probatoria que puede considerarse errónea si se tiene en cuenta que, por mucha sensibilidad que se tenga en relación con la difícil situación laboral y económica actual, habrá de convenirse en que la apreciación de un estado de necesidad exige algo más que la mera alegación de quien lo invoca, siendo necesario, cuando menos, un mínimo de actividad probatoria que en el caso de autos no se da puesto que los acusados (que ni siquiera comparecieron en el acto de la vista) se limitaron, en la fase de instrucción, a alegar unos hechos sobre los que ninguna prueba (personal o de otra naturaleza) aportaron, y así (i) *nada acreditaron respecto a su situación laboral*; (ii) *tampoco acreditaron que, antes de la ocupación de la vivienda, recurrieran a los servicios sociales en demanda de un lugar para vivir o de otro tipo de ayudas para procurárselo*; (iii) no obstante manifestar que fue la carencia de medios económicos lo que les llevó a ocupar la vivienda, ambos manifestaron (folios 19 y 21) que *habían propuesto al propietario de la misma su alquiler, admitiendo con ello que estaban en condiciones de hacer frente al pago de la renta*; y (iv) en la vista de apelación reconocieron que hasta que ocuparon la vivienda habían estado viviendo con los padres de Violeta, *con lo que admitieron que tenían una alternativa a la ocupación de la vivienda*”. Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 27-1-2015, nº 8/2015, rec. 1069/2013, Pte: Cabello Díaz, Inocencia Eugenia (EDJ 2015/58655): “Asimismo, no puede tener acogida la pretensión formulada por la representación procesal de doña Milagrosa de que se aprecie el estado de necesidad como eximente completa o incompleta, pues, al margen de que en el motivo se vuelve a incidir en la existencia de autorización, la Juez de lo Penal analiza la *imposibilidad de apreciar el estado de necesidad en la conducta de los acusados, al desprenderse de las declaraciones de éstos que incluso llegaron a ofrecer el pago de un alquiler por la vivienda ocupada, teniendo en cuenta, asimismo, que aquéllos entraron en el inmueble sin tratar de buscar soluciones para conseguir alojamiento por medios lícitos*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 14-4-2015, nº 264/2015, rec. 566/2015, Pte: Hidalgo Abia, Miguel (EDJ 2015/71973): “El escrito de apelación no discute tal hecho objeto, obviando el error de la juzgadora de instancia sobre la fecha del desalojo de la vivienda, sino que se centra en sostener la concurrencia de la eximente de estado de necesidad que alegó en la instancia y le fue denegada. Entendiendo al respecto esta Audiencia que *si bien es cierto que el informe social incorporado a los folios 136 a 138 revela una situación de penuria y precariedad económica, así como que a través de la Unidad de Trabajo Social de la U.V.A.A.D. del Hospital Gregorio Marañón se contactó para que recibiera ayuda la acusada y sus tres hijos menores con Caritas, con Cruz Roja y con los Servicios Sociales de Puente de Vallecas y de Carabanchel, tales hechos no justifican la ocupación de una vivienda de propiedad particular con propósito de permanencia y mantenimiento en la misma cuando se conoce, por la existencia del presente procedimiento, que la propietaria Bankia se opone a tal comunicación*. Haciendo preciso, ante la ausencia de un abandono voluntario, que se dicte auto de desalojo y que se le lance finalmente por la comisión judicial casi un año después de haberlo ocupado. El estado de necesidad para que sirva de causa de justificación, cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar, o de causa de inculpabilidad, cuando los bienes en

- Los acusados vivían con los padres de él y decidieron marcharse porque querían tener su propia casa y para ello optaron por la vía delictiva, sin que sea excusa el delito, en ningún caso, para obtener cualquier tipo de bien o confort⁹⁵⁷.
- Las alegaciones que hacen no se refieren a ellos y a su modo de vida sino a la situación económica general⁹⁵⁸.

conflicto son de igual valor, ha de ser actual, inminente, grave, injusto o ilegítimo, inevitable y proporcionado, de modo que no puede tenerse en cuenta si el peligro ya ha pasado o se ha producido de manera irremediable, es decir, el mal ha de estar latente. *Notas integradoras del estado de necesidad que mal se avienen con el hecho de que desahuciada la acusada del piso que ocupaba en régimen de alquiler, perteneciente al I.R.I.S. (Instituto de Reallojo de Integración Social), por impago de los recibos, exprese en su declaración judicial, obrante al folio 42, "que quiere llegar a un acuerdo con la propiedad y pagar un alquiler"*. La ocupación de la vivienda se efectuó por la acusada para subvenir sus propias necesidades familiares, haciendo caso omiso de la ilegalidad de la ocupación de un inmueble de propiedad privada y manteniéndose en ella, pese a la oposición de la propietaria y de la existencia del presente procedimiento penal. Incurriendo en el delito por el que fue condenada no solo por ocuparlo, sino también por mantenerse en tal ocupación pese a tener constancia de la oposición de la propietaria. *Desestimación del estado de necesidad que no ha sido óbice para que la situación de penuria económica se haya ponderado para imponer a la acusada la pena de multa en su mínima extensión y en su menor cuantía*".

⁹⁵⁷ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 19-3-2014, nº 160/2014, rec. 19/2014, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2014/90046): "No cabe hablar de tal estado de necesidad. Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 2 de octubre de 2006 (entre otras) según la cual para que se pueda contemplar el estado de necesidad deben concurrir una serie de elementos, que son: "realidad, gravedad e inminencia del mal; que se actúe a instancias impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en (a esfera personal, profesional o familiar podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico; y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable". *No se puede considerar que exista la necesidad que alegan los apelantes toda vez que como queda recogido en la sentencia ahora recurrida, los acusados vivían con los padres de D. Gabino y decidieron marcharse porque querían tener su propia casa y para ello optaron por la vía delictiva. Tal afirmación no puede ser admitida como excusa en ningún caso, pues delinquir para obtener cualquier tipo de bien o confort nunca debería ser considerado. Acudieron directamente a la vía delictiva. Teniendo en cuenta el tiempo que llevan ocupando el piso de la Calle... podría considerarse que ha transcurrido tiempo de sobra para haber optado por el camino de la legalidad. Es decir, que su incursión en el piso... no puede ser entendido como una irrupción momentánea sino como un deseo de ocupar la vivienda indefinidamente*".

⁹⁵⁸ Vid., Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 6ª, S 25-4-2014, nº 202/2014, rec. 267/2014, Pte: Santana Rodríguez, Aurelio (EDJ 2014/116686): "El Recurso de Apelación que interpone la representación de los acusados Higinio y Maite presenta, como argumento central en defensa de su tesis y de su pretensión revocatoria y, consiguientemente, absolutoria, la producción del hecho, la ocupación de un inmueble ajeno, pero con la concurrencia de la circunstancia eximente completa de estado de necesidad dado que la situación de crisis económica afectó a la familia de los acusados y se quedaron sin medios de subsistencia, presentando como documentos en aval de tal afirmación la constitución de una sociedad limitada, un correo electrónico sobre los papeles necesarios para viajar a Chile y un bono de transporte sin fecha y con sello de Caritas Interparroquial. Sobre esta petición que ahora se formula en la alzada, ya se pronunció la sentencia apelada con la máxima dosis de corrección jurídica, pues tal circunstancia fue alegada en la instancia, señalando el juzgador que *no procedía porque no se agotaron las vías que los servicios sociales competentes podrían haberles proporcionado en cuanto a alojamiento y manutención. Efectivamente, esta Sala considera que la actuación delictiva de los acusados no es proporcionada con lo que alegan acerca de su precariedad económica, aunque en*

- La situación de necesidad había sido creada por la propia acusada, pues abandonó el domicilio de sus padres sin probar los motivos de ello, no ha tratado de conseguir trabajo, pese a que la asistente social le informó de los mismos, y no ha aceptado dos meses de alquiler⁹⁵⁹.
- La situación de estado de necesidad, fue, en cierto modo, provocada por el acusado puesto que, conocidas las dificultades de subsistir en España debido a la crisis económica, pudo regresar a su país (Uruguay), donde

realidad las alegaciones que hacen no se refieren a ellos y a su modo de vida sino a la situación económica general. La cuestión radica en que la circunstancia viene extensamente regulada en el art. 20.5 del CP y ha sido aún más extensamente modelada en infinidad de sentencias por el Tribunal Supremo, y que tanto la regulación como la modelación han de ser cumplidas si se pretende la aplicación de la circunstancia, no siendo admisible que se alegue sin más y sin justificar siquiera mínimamente que lo que debió a mover a los acusados a cometer el delito fue precisamente el referido estado de necesidad. Tal inacreditación absoluta de la circunstancia obliga necesariamente a que sea rechazada”.

⁹⁵⁹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 28-6-2006, nº 431/2006, rec. 172/2006, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2006/366636): “Se alega por la apelante como único motivo de impugnación de la sentencia de instancia, la infracción por no aplicación de la eximente de estado de necesidad del artículo 20.5 o, en su caso, de la eximente incompleta del artículo 21.1, preceptos ambos del Código Penal... Por tanto, como se decía en la STS núm. 156/2003, de 10 de febrero, “los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla como incompleta son: 1º) la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (Sentencia de 24 de noviembre de 1997, 1 de octubre de 1999 y 24 de enero de 2000). 2) La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infringir un mal al bien jurídico ajeno (Sentencias de 19 de octubre de 1998; 26 de enero y 6 de julio de 1999 y 24 de enero de 2000)”. El estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, de modo que no puede tenerse en cuenta si el peligro ya ha pasado o se ha producido de manera irremediable, es decir, el mal ha de estar latente. Partiendo de la exigencia de gravedad e inminencia, no se estima en situación de angustia o estrechez económica, no siendo suficiente la mera situación de paro laboral, sin otras connotaciones. Es necesario que se actúe a instancia o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1.985, 21 de enero de 1.986, 17 de octubre y 6 de noviembre de 1.990, 30 de abril y 16 de julio de 1.991); pues bien en el presente caso, como acertadamente razona el Juzgador a quo, *la ahora apelante no se ha molestado en probar los motivos del porqué abandonó el domicilio de sus padres, luego la situación de necesidad en principio ha sido provocada por ella misma, no ha acreditado su situación laboral, limitándose a decir que percibía un salario social, ni tampoco ha probado haber agotado otros medios o alternativas para salir de su situación de necesidad. Es más según declaró la Asistente Social Dª Celestina en el juicio oral: “se le informó de trabajos” y tampoco consta que tratara de conseguir los mismos e incluso se le ofertó dos meses de alquiler (tiempo durante el cual podía haber encontrado algún trabajo) pero tampoco lo aceptó, luego es claro que no concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos para poder apreciar la mencionada eximente bien completa o bien incompleta, por lo que se ha de desestimar el recurso planteado y confirmar por sus propios fundamentos la sentencia de instancia”.*

los índices económicos resultan mucho más alentadores, tanto para subsistir como para conseguir un trabajo⁹⁶⁰.

- La acusada de forma claramente subjetiva asume que sus necesidades son más graves que las de las personas a las que el IVIMA podría haber adjudicado la vivienda ocupada⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 27-1-2014, nº 63/2014, rec. 252/2013, Pte: Jiménez Jiménez, María Magdalena (EDJ 2014/10169): “Subsidiariamente alega la eximente completa de estado de necesidad prevista en el art. 20.5 CP. Centrándonos en la eximente alegada prevista en el art. 20.5º CP, la misma parte de un elemento esencial y de tres requisitos. Este elemento esencial, que es el estado de necesidad, la parte lo residencia en la situación de pobreza y todo lo que ello conlleva, pero es una circunstancia que no han acreditado de ninguna forma. *En realidad, su estado de necesidad sería: el desempleo en España.* El T.S. ha afirmado reiteradamente (SS 4/05/92, 30/04/91, 6/11/90) que, para apreciar esta eximente, no es suficiente la mera situación de paro laboral sin otras connotaciones, las cuales han de ser probadas por quien las alega: situación familiar, de salud, social... aquí y la que tenían en sus países de los que son nacionales antes de salir de los mismos. *Además, en este caso concreto esa situación de estado de necesidad, fue, en cierto modo, provocada por el acusado puesto que, conocidas son las dificultades de subsistir en este país debido a la crisis económica que dura ya 5 años, pudiendo haber regresado a su país, al parecer Uruguay, donde los índices económicos resultan mucho más alentadores, tanto para subsistir como para conseguir un trabajo.* En suma, los hechos que dan lugar a la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben de estar tan probados como el hecho mismo. En este caso no se efectuado por quien pesaba la carga de hacerlo, por lo que el motivo se desestima”.

⁹⁶¹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 27-11-2013, nº 1551/2013, rec. 364/2011, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2013/289927): “En cuanto al estado de necesidad las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 19 de octubre de 1998, 29 de mayo de 1997 y 14 de octubre de 1996, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, dicen que “cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente, pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo, necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que “a posteriori” corresponderá formular a los Tribunales de Justicia, que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación y, que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y en la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.” De conformidad con dicha doctrina, apreciamos que en ningún momento la acusada o su defensa ha demostrado (carga de la prueba de las circunstancias modificativas que corresponde a quien las invoca) que en el momento en que realizó la acción delictiva objeto del presente enjuiciamiento, Dª Rita estuviera en una situación económica precaria, tal como invoca, determinante de la ocupación de la vivienda del IVIMA saltándose los trámites legales, trámites que conocía en tanto declara que habría solicitado al IVIMA una adjudicación de vivienda. No negamos que Dª Rita se encuentre en situación económica precaria. No obstante, no refiere en el acto de juicio oral (para configurar y acreditar el momento de la necesidad) cuál era su situación previa a la ocupación de la vivienda, pues no refiere donde estaba viviendo hasta entonces y con qué medios. Doña Rita manifestó que la señora que ocupaba la vivienda le pidió una cantidad para cederle la vivienda, a lo que se negó, pero asumiendo pagar los gastos de la

vivienda, por lo que alguna capacidad económica tenía, reconociendo que cobra una renta mínima de 168 euros. Si bien es cierto que consta que vive con su hijo menor de edad, tampoco consta que haya reclamado al progenitor de su hijo las obligaciones alimenticias que seguro que como padre tiene con respecto del menor. No relata la acusado que previamente a la ocupación de la vivienda del IVIMA haya acudido a otros recursos sociales para solventar su situación. Pero es que hubiera sido necesario conocer cuál era la situación de D^a Rita previamente a su decisión de ocupación. *Consideramos en esta segunda instancia que al invocar el estado necesidad para ocupar una vivienda del IVIMA, la acusada está asumiendo de forma claramente subjetiva que sus necesidades son más graves que las de las personas a las que el IVIMA podría haber adjudicado tal vivienda, conducta antijurídica que consideramos también en esta segunda instancia que no puede legitimar un estado de necesidad objetivo.* Por lo expuesto, no puede apreciarse la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de estado necesidad ni como eximente, ni como eximente completa, ni como atenuante por analogía”. Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3^a, S 28-9-2007, n^o 158/2007, rec. 207/2007, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2007/284763): “El "estado de necesidad", exigible como mínimo presupuesto de su apreciación, sea como eximente completa del artículo 20.5 del Código Penal, o como eximente incompleta con valor de atenuante del artículo 21.1^o del Código Penal, supone siempre la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. Dos son las exigencias que tal conflicto comporta: A) de un lado es necesaria la amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997; 23 de enero, 27 de abril, 14 de mayo y 19 de octubre de 1998; 26 de enero, 20 de mayo, 7 junio, 6 de julio y 1 de octubre de 1999; y 24 de enero de 2000); B) de otro lado se requiere la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas (Sentencia de 3 de octubre de 1996), siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (Sentencias de 19 de octubre de 1998; 26 de enero, 20 de mayo, 7 de junio, 6 de julio, 13 de septiembre y 1 de octubre de 1999; y 24 de enero de 2000). Es decir, se exige una situación de necesidad actual, inminente y grave y la imposibilidad de resolverlo por otros medios. Y, a tenor de lo que resultó probado *no se aprecia, en contra del legítimo pero interesado alegato de los recurrentes, esa necesidad inminente y grave de ocupar ilícitamente la vivienda en cuestión, pues, como acertadamente sostiene la sentencia apelada, consta en autos informe sobre la situación familiar de los acusados, en el que expresamente se les reconoce un apoyo de la familia extensa*, sin que se haya probado la alegación de los acusados sobre que dicha familia (los padres de alguno de ellos o algún otro familiar) no podía atender ni siquiera de manera provisional sus necesidades de vivienda (pues efectivamente tenían solicitada la adjudicación de una de promoción pública, solicitud que fue atendida con posterioridad). La apreciación de la circunstancia eximente que analizamos exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, y si, como apuntábamos, resulta de lo actuado que, *al menos, existía alguna posibilidad de atención por la familia, o incluso a través de algún tipo de ayuda pública, no podemos aplicar la eximente invocada.* Tampoco se estima que pueda aplicarse la eximente incompleta con valor de atenuante, pues *las circunstancias en las que se encontraban los acusados son asimilables a las de otra muchas personas que sí solicitan la vivienda por los cauces legales y se encuentran a la espera de su adjudicación, pues el hecho de tener un hijo menor de edad no justifica ni siquiera de forma incompleta la aplicación de dicha eximente, en tanto se puede acudir a otro tipo de ayudas proporcionan los organismo públicos, sin necesidad de utilizar los medios ilícitos, y, como se decía, contaban los acusados con el apoyo de su familia.* No se aprecia, por tanto, la necesidad de obrar de modo ilícito en tanto no aparece suficientemente probado que no tuvieran los acusados otra solución alternativa para solventar su situación de estrechez económica. El recurso debe, por tanto, ser desestimado”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2^a, S 24-9-2004, n^o 394/2004, rec. 296/2004, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis (EDJ 2004/145412): “Y por lo que se refiere al tercer motivo en el que se apoya el recurso, no ha lugar el mismo. Y no procede porque no concurre como presupuesto para la estimación del estado de necesidad cuya aplicación, bien como eximente, bien como atenuante por eximente incompleta, se solicita. Con admitir con el recurrente que Lidia se encontraba en una situación de manifiesta estrechez (que va de la mano de la lógica porque la acción realizada no habría de tener lugar para la hipótesis contraria de encontrarse la ahora recurrente en una situación desahogada) la misma no reúne las notas que posibilitan la apreciación de la circunstancia que se invoca porque, incluso admitiendo a efectos dialécticos que pudieran concurrir las otras notas que le serían exigibles, *no habría de concurrir*

E) Necesidad de prueba

La alegación del estado de necesidad, ya se trate de simple atenuante, eximente incompleta o de la eximente completa es necesario que se alegue y pruebe⁹⁶².

la primera de las recogidas en el núm. 5 del art. 20 del Código Penal, la de que el mal causado no sea mayor del que se trata de evitar, porque actuando la recurrente en la forma en que lo hizo, por las puras de vías de hecho, no permitió al IVIMA satisfacer determinadas demandas sociales no menos legítimas ni menos angustiosas que la de Lidia". Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, S 14-2-2012, nº 107/2012, rec. 38/2012, Pte: Villamor Montoro, Pedro Roque (EDJ 2012/356730): "El principio de intervención mínima no autoriza sin más a excluir la aplicación del precepto citado que recoge la conducta imputada a los recurrentes, y sin que el que el titular de la vivienda sea una persona jurídica que no precisa esa vivienda para habitarla, pues no es una persona física, no priva de antijuridicidad a la conducta realizada, pues lo que han hecho los acusados so pretexto de no tener vivienda propia y contar con un hijo menor, es adjudicarse sin más esa vivienda que se acababa de quedar libre, no pensando en la situación que pueden tener otras familias que con más cargas familiares no tengan vivienda. Es claro que *existe el derecho a una vivienda, pero también que el ejercicio de este derecho ha de tener sus cauces que no sean la autorrealización del mismo por el afectado, esto no cabe en una sociedad civilizada, y daría una imagen lejana de ejercicio de derechos, y más próxima a la realización arbitraria del mismo. Esto descarta que se pueda hablar de estado necesidad* que se invoca de contrario, incluso lo que se afirma que estaban en la calle, cuando se comprueba que la acusada viene a reconocer al final de su declaración que *vivían en casa de su suegra pero que allí había mucha gente*".

⁹⁶² *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-10-2009, nº 649/2009, rec. 316/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/304441): "Alegan en segundo lugar los apelantes que existe error en la apreciación de la prueba en cuanto a la concurrencia de las bases fácticas en las que se asentaría la eximente de estado de necesidad del artículo 20.5 del CP. Los argumentos generales empleados en el fundamento jurídico anterior en relación a la apreciación de la prueba, son aplicables en relación a este argumento esgrimido por los apelantes. En todo caso *corresponde a la defensa la prueba de los elementos fácticos que sustentan la apreciación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad eximente completa o incompleta o atenuante, como incumbe a la acusación la prueba de los elementos de hecho que implican la concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante (Sentencias del Tribunal Supremo de 3.11.03; 2.10.03; 15.11.01,...entre otras muchas)*. La defensa no ha acreditado la condición de absoluta indigencia, de ausencia de cualquier otro tipo de alternativa en los acusados que les obligara a llevar a cabo la acción descrita en los hechos probados". Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 20-9-2013, nº 237/2013, rec. 1109/2013, Pte: Barbarín Urquiaga, María Josefa (EDJ 2013/209253): "El contexto que acaba de ser sumariamente expuesto, permite considerar acreditado que, a pesar de las alegaciones de la recurrente, *no existe prueba en el procedimiento, que más allá de las manifestaciones de la interesada permita considerar acreditado que la misma se halle en situación de precariedad económica* tal que cometiera estos hechos, hasta en dos ocasiones, por una situación de precariedad económica no acreditada. Es más, la propia parte en sus alegaciones por un lado sostiene que moralmente se considera la propietaria de la vivienda, por otro lado, que ha estado cobrando el paro y realizando trabajos esporádicos aquí y allá. No se ha acreditado la petición de ayuda a instituciones o familiares. Es decir, que *la falta de acreditación de la situación de necesidad impide considerar acreditada la atenuante solicitada, ya como muy cualificada, ya como ordinaria*". Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 668/2013, Pte: Altares Medina, Pedro Javier (EDJ 2014/58557): "*Tampoco se puede apreciar la concurrencia de estado de necesidad, ni como eximente completa, ni como eximente incompleta con virtualidad puramente atenuante, ni como causa de exculpación excluyente de la culpabilidad*. Tal y como razona el Juez a quo, *no se ha explicado ni acreditado debidamente la pretendida situación de necesidad, ya que no se han acreditado debidamente las circunstancias de los acusados, y se reconoció que al menos uno de ellos trabajaba en la recogida de naranja*". Audiencia Provincial de Jaén, sec. 1ª, S 25-3-2004, nº 74/2004, rec. 18/2004, Pte: Pérez Espino, Esperanza (EDJ 2004/15013): "En el caso enjuiciado, *no se probó por la defensa la concurrencia de tal situación de inevitabilidad*, pues si bien es cierto que se puede deducir la escasa capacidad económica de los denunciados, sin embargo, no se manifiesta de forma

clara cuáles podían ser los ingresos, ya que como antes ha quedado expuesto, aquéllos ni tan siquiera asistieron al acto del juicio. *Tampoco consta, por falta de prueba, que los denunciados tuvieran la premiosa necesidad de ocupar la vivienda, optando en este caso por lo que era más fácil, es decir, utilizarla porque estaba apta para ser habitada. En consecuencia, ni se cometió error a la hora de valorar la no concurrencia del estado de necesidad alegado, ni como eximente ni como atenuante*, sin que por ende exista infracción de los arts. 245.2, 20.5 y 21.1 del Código Penal”. Audiencia Provincial de Albacete, sec. 2ª, S 22-11-2004, nº 285/2004, rec. 274/2004, Pte: Cañamares Pabolaza, Francisco (EDJ 2004/197988): *“La circunstancia modificativa de estado de necesidad ha de rechazarse, si no se prueba la indicada situación de necesidad, base de la postulada eximente o atenuante*, al resultar que el nuevo hecho de hallarse en país extranjero y tratarse de súbdito de otro país, pueda representar la situación de necesidad que le impulse a su ilícito comportamiento; procede rechazar recurso de apelación, íntegra confirmación de la Sentencia y costas de oficio en la alzada”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182): *“La defensa del apelante solicita que en caso de considerar que los hechos son constitutivos de delito, se aplique la atenuante del art. 21 en relación con el art. 20.5 del C. Penal, por entender que el mal causado es inferior al mal que se trata de evitar que era su integridad física, es decir, está alegando la concurrencia de una causa de justificación cuál es el estado de necesidad (art. 20.5 del C. Penal). Sin embargo, la posible apreciación de tal causa de atenuación de la responsabilidad penal no ha sido probada por el acusado, el cual no compareció en el acto del juicio a pesar de estar citado en legal forma, y por tanto sin acreditar todas y cada una de las circunstancias que permitieran su apreciación, cumpliendo los requisitos de contradicción, inmediación y oralidad, de acuerdo con el art. 742 de la L.E.Criminal”*. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 25-6-2012, nº 658/2012, rec. 180/2012, Pte: Figueras Izquierdo, Aurora (EDJ 2012/281686): *“Para el supuesto de que la absolució interesada como pretensión principal sea desestimada se interesa la aplicación de la atenuante de estado de necesidad lo que debería traducirse en la aplicación de unas eximente completa o cuanto menos la incompleta o incluso la atenuante analógica... Por último alega la recurrente que era la necesidad de proporcionar vivienda a sus hijos lo que la obligó a la ocupación de la vivienda, considerando la Sala que este argumento está vinculado a la atenuante interesada pues la falta de acreditación de esta necesidad se ha reflejado también en la sentencia de primera instancia pues la misma no ha resultado acreditada por la Sra. Brígida ni que a través de los cauces legales intentase procurarse una vivienda. Es por lo expuesto que no procede estimar ni la pretensión absolució ni la de la concurrencia de la atenuante de estado de necesidad* cuando la fundamentación judicial se ha basado en el conjunto probatorio valorado conforme a las reglas de la lógica no incurriendo en arbitrariedades, procediendo confirmar la resolución recurrida. pues con lo expuesto también se desestima la pretensión subsidiaria”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994): *“En el presente caso, no se aporta dato alguno en el recurso que permita evaluar la apreciación como eximente completa o incompleta del estado de necesidad que se alega, siendo evidente la falta de prueba de la condición de absoluta indigencia o de ausencia de cualquier otro tipo de alternativa en la acusada que les obligara a llevar a cabo la acción descrita en los hechos probados... Ahora bien, su apreciación en el presente caso está en función de la prueba personal practicada en el juicio oral cuya valoración se atribuye prácticamente en exclusiva al juez ante quien declararon las partes y testigos, dado que es el único que puede valorar el contenido íntegro de lo manifestado verbalmente y percibir si quien declara dice verdad o por el contrario carece de credibilidad, sin olvidar la importancia del lenguaje no verbal cuya trascendencia es esencial en personas de experiencia, cualidad que por su profesión se presume de un juez. Frente a esa ventaja indiscutible del juzgador, el tribunal de apelación sólo dispone de una síntesis incompleta del resultado de las pruebas personales, sin que el visionado de la grabación del juicio pueda subsanar tal desventaja por un elemental principio de prudencia, consistiendo su papel en analizar la motivación del fallo en función de la racionalidad del discurso valorativo de la prueba practicada en el plenario”*. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-3-2014, nº 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/38136): *“En este caso, ni se ha probado la situación de extrema necesidad ni tampoco que las instituciones de asistencia social no hayan dado respuesta alguna a las peticiones realizadas, razón por la que no cabe apreciar la eximente completa o incompleta interesada*. Estimamos que la sentencia ha ponderado adecuadamente la respuesta penal, valorando precisamente la difícil situación económica que cabe suponer al apelante incluso por la propia comisión del delito, pues le ha impuesto la pena en su extensión mínima y con la cuota diaria mínima legal (2 euros). Todo lo expuesto conduce a la desestimación de este motivo de queja y del recurso en su conjunto”.

De los dos motivos por los que de forma usual se desestima el estado de necesidad, en el epígrafe anterior desarrollamos el primero de ellos; la falta de concurrencia de la totalidad de sus requisitos esenciales. Aquí trataremos el segundo de tales motivos: no estar debidamente acreditados el cumplimiento de los mismos.

En este sentido la Jurisprudencia *menor* no estima, en numerosas ocasiones, las alegaciones de estado de necesidad por falta de prueba⁹⁶³.

⁹⁶³ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 16-2-2007, nº 99/2007, rec. 75/2007, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2007/47800): “La pretendida eximente de estado de necesidad debe rechazarse, tal como se hace en la sentencia. *Salvo el dato del número de hijos, y de la edad de los mismos, en forma alguna resulta acreditado la situación base que requiere el estado de necesidad*: una situación de conflicto entre diversos males, de forma que el sujeto no tenga otro modo de evitar el mal real e inminente, que se cierne sobre él o sobre otra persona, que lesionando un bien jurídico ajeno o infringiendo un deber, que se han de presentar como forma inevitable de escapar al peligro, TS 2ª S 14-5-1998 y 6-7-1999”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 30-1-2012, nº 91/2012, rec. 28/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/31901): “Dicho lo anterior y entrando a dar respuesta desestimatoria de la pretensión de aplicación de la eximente del art. 20.5 CP... En el caso presente *ni tan siquiera se prueba la situación de necesidad que se afirma* porque salvo por las declaraciones del acusado de ser perceptor de subsidio por desempleo de 426 euros y de tener cuatro hijos, subsidio que tal como indica la Juzgadora es perceptor hasta esas fechas del subsidio por desempleo desde enero de 2010 y prestación desempleo hasta diciembre del año anterior y ello teniendo en cuenta que la Juzgadora ya le impone la pena en su límite mínimo y con cuota mínima”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 27-9-2012, nº 377/2012, rec. 388/2011, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2012/237987): “*No se ofrece ningún dato concreto que justifique la necesidad imperiosa de invadir la propiedad ajena*. Y no se acredita de ningún otro modo (informes sociales, documentación médica o familiar de todo tipo, testifical, etc.) que la acusada no tuviera otra opción que entrar en la vivienda ocupada para satisfacer la necesidad que alega. Es evidente que en situaciones económicas de estrechez, el acceso a la vivienda resulta dificultoso para gran número de familias. Pero *antes de actuar ilícitamente es necesario justificar, al menos, tanto la situación económica, familiar y personal de quien lo invoca, como el agotamiento o insuficiencia de los recursos familiares y sociales que se ofrecen habitualmente en estos casos*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 26-10-2012, nº 442/2012, rec. 295/2012, Pte: Álvaro López, Mª Cruz (EDJ 2012/288923): “En el presente supuesto, aunque no cuestiona que solo una situación de necesidad de contar con un lugar donde residir llevaría a la acusada a ocupar una vivienda ajena, *no se ha practicado prueba alguna que acreditara que esa fuera la única salida a su situación, ni que hubiera llevado a cabo otro tipo de actuaciones tendentes a demandar algún tipo de protección de los actuales sistemas de asistencia social, especialmente el alojamiento en algún centro público, o incluso buscar el amparo de otros familiares, y en definitiva, agotar los recursos para evitar la ocupación*”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 17-12-2012, nº 418/2012, rec. 1045/2012, Pte: Treballe Fernández, Feliciano (EDJ 2012/318684): “Para la estimación del estado de necesidad se requiere la prueba del mismo y que el mal sea latente, no pudiendo tenerse en cuenta si el peligro ya ha pasado. No se estima en situación de mera angustia o estrechez económica, ni tampoco en situación de paro laboral sin más connotaciones. Exige para su estimación, que se acredite la realidad, gravedad e inminencia del mal. Que se lleve a cabo la conducta a consecuencia del estado de penuria o indigencia en que se encuentren los acusados o su familia. También *es imprescindible que la parte que lo alegue pruebe que ha agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar podía haber utilizado, esto es, en síntesis y conclusión que acredite que no ha tenido otra solución que la de proceder de un modo antijurídico. Tal prueba no consta en las actuaciones. Es la mera declaración de los acusados, que por sí sola, sin prueba objetiva que avale su versión no puede entenderse como objetiva*. De cualquier forma el tiempo y ocupación del piso ha sido durante meses y tampoco se ha acreditado que durante todo ese tiempo, se mantuviese latente la situación de necesidad. Por todo lo expuesto, desestimamos el recurso”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 7-2-2013, nº 62/2013, rec. 404/2012, Pte: Porres Ortiz de Urbina, Eduardo de (EDJ 2013/30991): “En este caso, ni se ha probado la situación de extrema necesidad ni tampoco que las instituciones de asistencia social no hayan dado respuesta alguna a las peticiones realizadas razón por la que no cabe apreciar la eximente interesada”. Audiencia Provincial de Madrid,

sec. 23ª, S 20-3-2013, nº 311/2013, rec. 8/2013, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2013/73100): “En segundo lugar, se hace mención en el recurso a que de forma subsidiaria se aplique la circunstancia eximente completa de estado de necesidad del artículo 20.5 del Código Penal, basada en que no tenía medios económicos para subsistir, pues ingresaba solamente 250 euros mensuales por labores de limpieza, y pensaba que si vivía en la calle el Ayuntamiento de Madrid le podía retirar la custodia de sus dos hijos menores y en consecuencia la ocupación de la vivienda la realizó para evitar males mayores cumpliéndose con todos los requisitos señalados en el Código Penal respecto a esta circunstancia modificativa. Estamos de acuerdo con la exigencia de tales requisitos para que se pueda apreciar el estado de necesidad, pero lo que *no consideramos probado por parte de la acusada es que concurren tales requisitos*, especialmente el referido a la existencia de un riesgo o peligro claro y evidente para un bien jurídico susceptible de protección, pues como señala la sentencia recurrida, *no se aporta por la acusada ni siquiera el Libro de Familia que acredite que tiene dos hijos menores, o su situación económica acerca de que efectivamente percibe esos 250 euros mensuales, ni en definitiva esa situación de angustia por el temor a la pérdida de la custodia de sus hijos, pues solamente se trata de un temor que resulta infundado pues no está basado en ningún dato real y objetivo*. Así pues, también debe ser rechazado este motivo”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 22-4-2013, nº 179/2013, rec. 228/2013, Pte: González Cuartero, María Teresa (EDJ 2013/99421): “Alega, además, la acusada, unas circunstancias de precariedad que no acredita, aunque puedan tenerse por verdaderas, pero lo cierto es que su actuación vulnera lo previsto en el art. 245.1 del Código Penal, y debe estimarse el recurso, y condenarla como autora de un delito de usurpación, art. 245.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, ya que *no ha acreditado la necesidad ni el estado de insolvencia total, o al menos importante, que pudiera haber motivado su actuación, de modo que no es posible equipararse estos actos a otras ocupaciones en las que, verdaderamente y de forma acreditada, hay un urgente y desesperado estado de necesidad, o en el caso de personas que no cuentan con ninguna ayuda ni policial ni familiar y carecen de opciones, etc.*”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 25-4-2013, nº 358/2013, rec. 10/2013, Pte: Ortega Lorente, José Manuel (EDJ 2013/137679): “Se alega, también, que la sentencia infringe el ordenamiento jurídico al no apreciar la eximente de estado de necesidad. Al respecto debe señalarse que en la vista oral no se practicó medio de prueba alguno destinado a acreditar el soporte fáctico que pudiera justificar su apreciación. La sentencia recurrida da cumplida y justificada respuesta a los motivos por los que desestima la aplicación de la eximente. Y en relación a lo argumentado por la defensa, *el mero hecho de que los acusados admitieran al declarar como imputados la ocupación de la vivienda, no permite presumir que sufrieran una situación de indigencia ni que la misma sólo fuera razonablemente atendible por la vía de hecho que eligieron*. Como bien dice la sentencia, *quien alega la causa de justificación tiene la carga de acreditar los presupuestos fácticos de su apreciación*. Nada sabemos, pues nada se probó, sobre las condiciones económicas, sociales, familiares, de salud u otras, que pudieran padecer los acusados; ni de qué gestiones pudieran haber hecho para acceder a una vivienda por vías lícitas, ni, en su caso, del resultado de las mismas... En definitiva, no cabe dar por cierto aquello que no se probó y en su ausencia, no cabe la apreciación de la eximente pretendida”. Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, S 9-5-2013, nº 207/2013, rec. 374/2013, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2013/223642): “Nos encontramos por tanto ante una conducta típica y también antijurídica porque *no se ha probado por los acusados la concurrencia de una situación de necesidad justificante*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 9-9-2013, nº 642/2013, rec. 278/2012, Pte: Pelluz Robles, Luis Carlos (EDJ 2013/276224): “En el presente caso *no concurre la circunstancia alegada, pues nada ha justificado Claudia sobre su situación, estando acreditado que entró en una vivienda desocupada, cambió la cerradura, en dos ocasiones, y disfrutó del inmueble*. En la primera declaración judicial, al folio 58, reconoció la ocupación del inmueble sin dar ninguna causa justificativa. Y no ha acreditado ninguna situación perentoria para llevar a cabo la ocupación. En el escrito de conclusiones provisionales de la defensa hizo mención a esta circunstancia, sin detallar concretamente la necesidad, y sin que se haya aportado prueba alguna de la necesidad alegada. Por lo que se ha de rechazar este motivo”. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 20-9-2013, nº 458/2013, rec. 732/2013, Pte: Astor Landete, Joaquín (EDJ 2013/189837): “*La defensa no aportó al procedimiento hechos documentados de los que se pueda inferir el estado alegado (STS 103/2002, de 28 de enero)*. La apreciación del estado de necesidad exige la existencia de un estado real y objetivo, inminente o próximo e inevitable, lo que no se acreditó en la causa (STS 233/2002, de 15 de febrero y 159/2002, de 8 de febrero). Por otro lado es conocido que el primer requisito exigido para apreciar dicha circunstancia es que el mal causado para el bien jurídico protegido, sea menor que el mal que se pretende evitar, tal y como ya se fundamentó por el Tribunal Supremo en sentencias 1026/2003, de 11 de julio y 873/2003, de 13 de junio. *Nada de ello se ha acreditado, toda vez que como ya hemos advertido el recurrente no consideró oportuno acudir al juicio oral*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-

2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa María (EDJ 2014/47368): “Pues bien, como afirma la sentencia impugnada, *no se ha aportado prueba alguna acerca del supuesto estado de penuria o indigencia que justificaba la ocupación de una vivienda ajena*. No se acredita, por ejemplo mediante informes sociales, documentación médica o familiar de todo tipo, testifical, etc. que los acusados no tuvieran otra opción que entrar en la vivienda ocupada para satisfacer la necesidad que alega. Es evidente que en situaciones económicas de estrechez, el acceso a la vivienda resulta dificultoso para gran número de familias. Pero antes de actuar ilícitamente es necesario justificar, al menos, tanto la situación económica, familiar y personal de quien lo invoca, como el agotamiento o insuficiencia de los recursos familiares y sociales que se ofrecen habitualmente en estos casos. Por lo expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 17-3-2014, nº 156/2014, rec. 284/2013, Pte: Pelluz Robles, Luis Carlos (EDJ 2014/53581): “En el presente caso no concurre la circunstancia alegada, pues nada ha justificado Santiago sobre su situación, estando acreditado que entró en una vivienda desocupada, y disfrutó del inmueble. *Y no ha acreditado ninguna situación perentoria para llevar a cabo la ocupación, sin detallar concretamente la necesidad, y sin que se haya aportado prueba alguna de la necesidad alegada*. Por lo que se ha de rechazar este motivo”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 21ª, S 30-10-2014, nº 383/2014, rec. 132/2014, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2014/293088): “La situación de estado de necesidad que se expone debiera de haber sido probada en juicio oral, lo que no se hizo no compareciendo a juicio las acusadas y no constando testifical o documental alguna respecto de su precaria situación económica que en su caso y de haberse hecho pudiendo ser sometida a contradicción obviamente hubiera sido ponderada... *En el caso presente las alegaciones aun cuando el "onus probandi" de lo alegado correspondía la defensa la alegación quedó huérfana de prueba*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 12-11-2014, nº 1091/2014, rec. 414/2014, Pte: Riera Ocariz, Adoración María (EDJ 2014/255747): “*En el caso examinado ni siquiera se tiene certeza de que la situación de necesidad descrita sea real, no se ha acreditado el hecho base*, esto es, no se ha acreditado que la apelante se encontrara “en la calle” porque su abuelo la había echado del que era su domicilio, ni se ha acreditado que no tuviera ningún otro lugar donde ir, ni que hubiera agotado otras posibilidades no ilícitas antes de ocupar la vivienda ajena”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 16-3-2015, nº 196/2015, rec. 398/2015, Pte: Pelluz Robles, Luis Carlos (EDJ 2015/47082): “En el presente caso no concurre la circunstancia alegada, pues nada ha justificado Elisa sobre su situación, estando acreditado que entró en una vivienda desocupada, y disfrutó del inmueble. *No ha acreditado ninguna situación perentoria para llevar a cabo la ocupación, sin que se haya aportado prueba alguna de la necesidad alegada*. Por lo que se ha de rechazar este motivo”. Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 6-5-2015, nº 176/2015, rec. 96/2015, Pte: Segura Sancho, Francisco (EDJ 2015/106578): “Tampoco puede prosperar el afirmado estado de necesidad invocado... Pues bien, trasladando esta doctrina a las circunstancias del presente caso resulta que *no se ha propuesto prueba alguna encaminada a justificar la afirmada situación de necesidad*: ni se ha aportado documento alguno justificativo de los ingresos de la unidad familiar integrada por los acusados, ni ningún informe social que evidenciara la grave situación económica por ellos afirmada o la denegación de cualquier tipo de ayuda familiar. Tampoco justificaron el lugar en el que residían o en el que hubieran residido con anterioridad, ni tampoco consta el motivo por el que su hija Emma, precisamente la titular de aquel inmueble, trasladara su domicilio a otra población en el momento en que fue desahuciada de aquella vivienda. Por último, no existe ninguna constancia acerca de las supuestas negociaciones existentes con la entidad bancaria a los efectos de lograr un “alquiler social” sobre aquel mismo inmueble. *En definitiva, en el presente caso no concurre la circunstancia alegada, pues no se ha acreditado ninguna situación perentoria que pudiera justificar la ocupación de aquel inmueble, con lo que no es posible calibrar la supuesta situación de necesidad alegada como circunstancia de exoneración de la responsabilidad penal*”. Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 15-5-2015, nº 90121/2015, rec. 19/2015, Pte: Martínez Sáinz, Mª José (EDJ 2015/117850): “Debiéndose abundar también en el rechazo efectuado en la Sentencia a la eximente de estado de necesidad del art. 20.5CP solicitada ante la *total ausencia de prueba alguna por la defensa, tanto en la instancia como en la apelación*, reveladora de la objetividad, gravedad e inmediatez del mal que se afirma se pretendía evitar con la conducta objeto de acusación. Por lo expuesto, se desestima la petición principal absolutoria”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-7-2015, nº 494/2015, rec. 1066/2015, Pte: Hidalgo Abia, Miguel (EDJ 2015/141848): “No siendo de apreciar el estado de necesidad alegado por la defensa por las consideraciones que, con acierto expone la juzgadora de instancia y que se dan por reproducidas, en esta alzada, máxime cuando los acusados incomparecen al juicio, lo que impide apreciar las alegaciones que al respecto pudieran haber hecho”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 7-7-2015, nº 193/2015, rec. 25/2015, Pte: López Pujante, José Francisco (EDJ 2015/132509): “Se alega también en el recurso que el juzgador “a quo” no ha valorado correctamente la prueba en cuanto a la concurrencia de estado de necesidad en la persona de la acusada, que le habría llevado a cometer los

Pertenece al ámbito de la *temeridad procesal* pretender con carácter residual que se aprecie la concurrencia de la eximente completa de estado de necesidad, descrita en el número 5 del artículo 20 del Código Penal, como cuestión nueva en un recurso y sin ningún elemento probatorio que la fundamente. Se trataría de una apelación *per saltum*, pretender en segunda instancia un pronunciamiento sobre un extremo no sometido a consideración del juez de instancia, lo que ha de impedir su estimación, ya que de entrar a conocer de esa nueva cuestión se infringiría el derecho de los recurridos a la doble instancia. Sólo es factible entrar a examinar la cuestión nueva si se trata de una infracción de un derecho fundamental o de una atenuante o eximente que se desprenda del propio contenido fáctico de la sentencia⁹⁶⁴.

hechos; así, se infiere del hecho de que ocupara la vivienda junto con sus dos hijos menores de edad, de que solicitase en varias ocasiones una vivienda al Ayuntamiento, o de que recibiera ayuda de los servicios sociales y de Cáritas. Sin embargo, *se exige una prueba cumplida de que la acusada no tenía a su disposición otra posibilidad de ayuda, de tal modo que se agotara los medios disponibles de asistencia social para procurarse un sustento básico, y nada se ha intentado acreditar en este sentido, pues la acusada ni tan siquiera compareció al acto del juicio a manifestar cuales eran sus circunstancias, como tampoco se ha intentado acreditar las referidas solicitudes de vivienda ante el Ayuntamiento*".

⁹⁶⁴ Vid., Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 22-6-2005, nº 364/2005, rec. 162/2005, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2005/130005): "*Pretender de soslayo y con carácter residual que se aprecie la concurrencia de la eximente completa de estado de necesidad, descrita en el número 5 del artículo 20 del Código Penal*, como cuestión nueva en este recurso y *sin ningún elemento probatorio que lo fundamente, pertenece el ámbito de la temeridad procesal*, que en todo caso impide, siquiera, su consideración". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 21-10-2010, nº 303/2010, rec. 252/2010, Pte: Ferrer Pujol, Francisco Buenaventura (EDJ 2010/296931): "*Se alega por último y por la recurrente error en la aplicación de normas jurídicas, estimando indebidamente inaplicable el art. 20, 5ª del Código Penal, al estimar la parte debió apreciarse por el juez a quo la circunstancia eximente de estado de necesidad. El motivo ha de ser rechazado y ello por un doble orden de consideraciones: formalmente, al no haber sido alegado en forma, pues al elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, estimó la parte no concurrente circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, por lo que al formular ahora esta alegación, viene la parte a incurrir en una apelación "per saltum", pretendiendo en esta segunda instancia un pronunciamiento sobre un extremo no sometido a consideración del juez de instancia, lo que impide su estimación, ya que de entrar a conocer de esta nueva cuestión en esta alzada vendríamos a infringir el derecho de los recurridos a la doble instancia. Materialmente, tampoco es de recibo la pretensión analizada, pues es conocida doctrina jurisprudencial la que exige que, para la estimación de la concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, el hecho que la constituya ha de estar tan acreditado como el hecho punible enjuiciado mismo, y en el caso de autos, amén de su afirmación por la recurrente, ninguna prueba se ha practicado en juicio que permita siquiera entrar a valorar la concurrencia de los extremos fácticos constitutivos del estado de necesidad alegado. Procede en consecuencia la desestimación del motivo y, con él, del íntegro recurso*". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2012/224596): "*Por último y respecto a las invocadas eximentes de estado de necesidad y de ejercicio legítimo de un derecho debe señalarse que se trata de una cuestión nueva que no ha sido invocada ni en las conclusiones provisionales ni en las definitivas, y que sólo es factible entrar a examinar la cuestión nueva si se trata de una infracción de un derecho fundamental o de una atenuante o eximente que se desprenda del propio contenido fáctico de la sentencia*, y así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2006 cuando dice: " la doctrina de esta Sala ha posibilitado la estimación de una eximente o atenuante no alegada (en teoría cuestión nueva), siempre que de los hechos probados se derive la presencia de tal atenuación o exención, no invocada formalmente, pero presente en

La Jurisprudencia *menor* reconoce que “las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar tan acreditadas como los hechos mismos”⁹⁶⁵; que

el *factum*”. Y dado que nada se desprende del relato de hechos probados para poder afirmar un estado de necesidad o el ejercicio de un derecho, sólo cabe rechazar la pretensión”. Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 31-10-2008, nº 630/2008, rec. 252/2008, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2008/379768): “Se alega la infracción por no aplicación de la eximente incompleta de estado de necesidad, *pretensión que nunca puede prosperar puesto que se trata de una cuestión nueva planteada por primera vez en esta segunda instancia, ya que en los escritos de defensa, elevados a definitivos en el juicio oral, no se hace referencia alguna a la misma, por lo que se le privó al Juzgador de instancia el pronunciarse sobre la misma...* en el presente caso no existe la más mínima prueba de que los acusados se encontraran en una situación de necesidad actual, inminente y grave y la imposibilidad de resolverlo por otros medios, luego es incuestionable que nunca podría haberse aplacado la citada eximente incompleta”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 12-12-2014, nº 371/2014, rec. 276/2014, Pte: Arenere Bayo, Julio (EDJ 2014/277655): “En el presente caso la alegación de la eximente de estado de necesidad es argüida por vez primera en el recurso de apelación, sustrayendo la discusión de su existencia a las demás partes en el proceso que no pudieron alegar prueba contradictoria y acreditar su inexistencia. Por ello, la posible apreciación en esta segunda instancia causaría indefensión a los contrarios del apelante por lo que procede su desestimación”.

⁹⁶⁵ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 4-7-2005, nº 556/2005, rec. 320/2005, Pte: Hidalgo Abia, Miguel (EDJ 2005/193955): “En la realización de dicho delito no concurre la circunstancia eximente de estado de necesidad apreciada por el juzgador de instancia, pues, conforme reiterada jurisprudencia, *las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar tan acreditadas como los hechos mismos*. Acreditación que falta en el caso de autos, pues la ausencia de ingresos y de trabajo es una manifestación meramente exculpatoria de los acusados, que no documentan tal afirmación, la cual no se corresponde con la documental aportada en juicio por su propia defensa, de la que resulta que vivían en el piso propiedad de los padres de Penélope, sito en... de Madrid, y que ella confiesa percibir unos ingresos de 6.700 euros (folio 76), haciendo una solicitud de vivienda en venta. Es más, los acusados reconocen en juicio que “ya trabajan” y, pese a ello, mantienen la ilícita ocupación de la vivienda, por lo que no cabe opere como causa de justificación una necesidad que no acreditan, que, en cualquier caso, es la propia de tantos jóvenes y que se ve desvirtuada por sus propias manifestaciones y por la documental aportada”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 25-9-2014, nº 884/2014, rec. 1117/2014, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis (EDJ 2014/209906): “No habría de acogerse la circunstancia eximente (o atenuante por eximente incompleta) de estado de necesidad (art. 20.5 del Código Penal) porque, *habiendo de encontrarse las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tan acreditadas como el hecho mismo, en el presente supuesto no se practica prueba acerca de una situación (extrema) de apuro, de agobio que pudiera sufrir el recurrente que hubiera de justificar la acción realizada*, de hecho, ni se aportó documentación alguna en relación con dicho extremo al comienzo del acto del juicio oral ni se realizó manifestación alguna por parte del recurrente, habida cuenta de las circunstancias que rodearon la celebración del acto del juicio”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 17-1-2014, nº 19/2014, rec. 195/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2014/24267): “En cualquier caso, según ha declarado la Jurisprudencia de manera reiterada, *las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de quedar tan acreditadas como los propios hechos objeto de acusación*, y en este caso, aparte de las manifestaciones de la acusada, no existe ningún otro elemento de prueba que sirva de soporte para demostrar la existencia del estado de necesidad que se invoca, habiendo sido posible para la parte aportar alguna documentación o prueba testifical demostrativa de que carece de ingresos suficientes para su sustento; de que había acudido a los organismos públicos competentes en solicitud de una vivienda social o de ayudas económicas sin conseguirlo, que carecía de ayuda de su entorno familiar, desconociéndose en definitiva de manera fehaciente las acciones que llevó a cabo para remediar su situación familiar, ya que anteriormente vivía en la vivienda de enfrente (NUM000 NUM002), con su madre y abuela de los niños, encontrándonos por otro lado con que la adjudicataria de la vivienda se vio imposibilitada durante el tiempo que duró la ocupación ilegal de la misma de la posibilidad de ocuparla, con los perjuicios económicos inherentes a esta imposibilidad, de modo que no se ha demostrado la realidad del estado de necesidad invocado, por lo que el motivo alegado, con carácter subsidiario, debe decaer”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 6-3-2014, nº 119/2014, rec. 230/2013, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel (EDJ 2014/36001): “Este motivo de recurso no

“han de ser acreditadas de la misma forma que los elementos integrantes del delito”⁹⁶⁶, que “pretendiéndose la aplicación de una eximente total, su prueba incumbe a la defensa

puede prosperar por cuanto si algo caracteriza al mismo es la absoluta falta de prueba de los hechos alegados para fundar el estado de necesidad. En este estado de cosas no debe olvidarse que, cómo enseña una constante y pacífica jurisprudencia, *la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal exige que sus presupuestos fácticos estén tan probados como el hecho mismo* (Sentencias T.S de 11-10-01, 25-4-01 etc). Como no debe olvidarse que *esta carga probatoria le incumbía a la defensa*, que no a la acusación, pues como recuerda el auto del Tribunal Supremo de 13-6-2003, en el rec. 2777/2002, es constante doctrina la que establece que la carga de la prueba obliga a probar a cada parte aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el "onus" de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas”. Audiencia Provincial de León, sec. 3ª, S 21-4-2015, nº 236/2015, rec. 308/2015, Pte: Mallo Mallo, Luis Adolfo (EDJ 2015/70831): “En cualquier caso, según ha declarado la jurisprudencia de manera reiterada, *las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de quedar tan acreditadas como los propios hechos objeto de acusación*, y, en el caso que nos ocupa, aparte de las manifestaciones de la acusada, no existe ningún otro elemento de prueba que sirva de soporte para demostrar la existencia del estado de necesidad que invoca, habiendo sido posible por la parte apelante aportar alguna documentación o prueba testifical demostrativa de que carece de ingresos suficientes para su sustento y el de sus hijos, o de que había acudido a los organismos públicos competentes en solicitud de una vivienda social o de ayuda económica sin conseguirlo, así como que carecía de ayuda de su entorno familiar, encontrándonos con una total ausencia en autos de información relativa a que la acusada intentara recabar ayuda de alguna entidad pública o privada dedicada a la prestación de asistencia social, que le habría permitido superar la situación sin necesidad de quebrantar bienes jurídicos ajenos, de modo que no se ha demostrado la realidad del estado de necesidad invocado por lo que el motivo debe decaer (en el mismo sentido y en casos análogos se han pronunciado, entre otras, la audiencia Provincial de Valladolid sección segunda en sentencia de 21 enero 2013 y la audiencia Provincial de Málaga sección primera en sentencia de 17 enero 2014)”. Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 25-5-2015, nº 181/2015, rec. 387/2015, Pte: Pérez Espino, Esperanza (EDJ 2015/108064): “La acusada trata de justificar su conducta en motivos de estricta necesidad, al carecer de vivienda propia y encontrarse, dice, prácticamente en la calle. Por tanto, y aunque no lo señale expresamente, estaría invocando la aplicación de la eximente de estado de necesidad del art. 20.5º del Código Penal. *Debemos partir de la base de que los hechos que dan lugar a la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben estar tan probados como el hecho mismo objeto de enjuiciamiento.* El Tribunal Supremo ha declarado que para apreciar esta eximente no es suficiente su mera alegación, sino que ha de estar probada esa situación por quien la alega. *Y en el presente caso se carece de toda prueba que venga a justificar la conducta de la acusada y que, como tal, estuviera exenta de responsabilidad criminal*, lo que deviene igualmente en la desestimación de la cuestión examinada”.

⁹⁶⁶ Vid., Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 8-3-2006, nº 161/2006, rec. 26/2006, Pte: Durá Carrillo, José Antonio (EDJ 2006/306521): “El recurso interpuesto, por el que se interesa la absolución en base al derecho de presunción de inocencia o al estado de necesidad, no puede merecer favorable acogida, pues tal argumentación no logra desvirtuar los sólidos razonamientos a la resolución recurrida. El juicio fue celebrado en ausencia de la acusada, que no comparecía al acto, y como es sabido, *las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de ser acreditadas de la misma forma que los elementos integrantes del delito*, en este caso pretendiéndose la aplicación de una eximente total, su prueba incumbe a la defensa que la solicita y es igualmente sabido el carácter absolutamente subsidiario que tiene la aplicación de dicha circunstancia, no basta en este caso con la situación de precariedad económica o incluso indigencia sino que es necesario acreditar que se han agotado otros remedios o recursos viables y menos perjudiciales antes de acudir a la vía de hecho que utilizó y por ello no se aprecia en la sentencia la eximente total, pero si se aprecia una atenuante debido a sus escasos recursos”.

que la solicita⁹⁶⁷” y que “la prueba no puede deducirse, a modo de presunción, de las aparentes dificultades económicas por las que atravesaban los acusados”⁹⁶⁸, pues “la

⁹⁶⁷ Vid., Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 8-3-2006, nº 161/2006, rec. 26/2006, Pte: Durá Carrillo, José Antonio (EDJ 2006/306521): “El recurso interpuesto, por el que se interesa la absolución en base al derecho de presunción de inocencia o al estado de necesidad, no puede merecer favorable acogida, pues tal argumentación no logra desvirtuar los sólidos razonamientos a la resolución recurrida. El juicio fue celebrado en ausencia de la acusada, que no comparecía al acto, y como es sabido, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de ser acreditados de la misma forma que los elementos integrantes del delito, *en este caso pretendiéndose la aplicación de una eximente total, su prueba incumbe a la defensa que la solicita y es igualmente sabido el carácter absolutamente subsidiario que tiene la aplicación de dicha circunstancia*, no basta en este caso con la situación de precariedad económica o incluso indigencia sino que es necesario acreditar que se han agotado otros remedios o recursos viables y menos perjudiciales antes de acudir a la vía de hecho que utilizó y por ello no se aprecia en la sentencia la eximente total, pero si se aprecia una atenuante debido a sus escasos recursos”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 23-4-2013, nº 203/2013, rec. 151/2013, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2013/90098): “En cuanto a la inaplicación de la eximente del art. 20.5 del Código Penal por estado de necesidad, la sentencia objeto de recurso debe ser confirmada igualmente en dicho extremo pues documento alguno ha aportado la acusada o su defensa a la actuación que acredite que fue ese estado de necesidad el motivo de ocupar indebidamente el inmueble pues es reiterado el criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar acreditadas como el hecho típico o nuclear mismo (SSTS 22 diciembre 1983), 10 noviembre 1984), 19 diciembre 1985, 6 mayo 86), 14 junio) y 19 diciembre 1988 y las más recientes de 29 de noviembre de 1999) y 25 abril 2001, y ninguna de las alegaciones de la defensa ha quedado acreditada. *A quien afirma la realidad de un hecho positivo le corresponde su prueba (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992, 19 de abril de 1996 y 30 de mayo de 2003), como también corresponde probarlos a la parte que los sostenga la concurrencia de hechos impeditivos (Sentencias de 4 de noviembre de 1988, 7 y 18 de abril de 1994 y 11 de abril de 1997), o la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad que constituyen una modalidad de los anteriores (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 25 de marzo, 7 y 8 de abril y 16 de septiembre de 1994, 9 de julio de 1997, 17 de septiembre y 25 de noviembre de 1998, 18 y 29 de noviembre de 1999, 19 de septiembre y 11 de octubre de 2001, 25 de enero, 22 y 30 de abril, 19 de junio, 2 de julio y 23 de diciembre de 2002 y 20 de mayo de 2003; Sentencia del Tribunal Constitucional 36/96 de 11 de marzo)*. En la presente causa no obra tan siquiera las partidas de nacimientos de los supuestos cuatro hijos que la acusada dice tener”. Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348): “Por último, cosa bien distinta es que la situación en la que se pudiere encontrar la acusada la haya abocado a actuar ilícitamente, más en tal supuesto no nos encontramos con la atipicidad de su proceder, sino con la posible concurrencia de una causa de justificación cuál es el estado de necesidad (art. 20.5 del CP). Sin embargo, *la posible apreciación de tal causa de exención de la responsabilidad penal choca, primero, con el hecho incuestionable de que la defensa no la ha alegado, ni en conclusiones provisionales ni en definitivas, que era el momento en que debía haberlo verificado; y en segundo lugar, aunque se mantenga que el juzgador tuviera el deber de resolverla en cuanto la acusada haya mantenido en el debate contradictorio el supuesto de hecho subsumible en tal causa de justificación, art. 742 de la LECRIM, ello no le priva de la carga de acreditar todas y cada una de las circunstancias que permitirían su apreciación (SSTS 1.664/1998, de 22 de diciembre; 1.348/2004, de 25 de noviembre)*. Es decir, si la acusación tiene la carga de acreditar todas y cada una de las circunstancias determinantes de la tipicidad que mantiene de la conducta de todo acusado, por imperativo del principio de presunción de inocencia, cosa bien distinta son las causas de justificación, que partiendo del ilícito proceder del sujeto activo eluden la normal consecuencia sancionadora sobre la base de la concurrencia de circunstancias que no hacen su conducta merecedora de reproche penal. Dicho esto, si ya resulta en principio difícil acreditar que la ocupación inmobiliaria con vocación de permanencia, en nuestra sociedad, sea un mal inevitable, no cabe sustraer tal consideración a la total ausencia de prueba que pudiere llevar a esta Sala a concluir que la acusada se viera abocada en este caso concreto al delito, porque hubiese agotado todas las demás posibilidades que se le ofrecieron para no quedarse literalmente en la calle, luego la respuesta a esta cuestión no puede ser otra que su desestimación. *Lo anterior ya impediría dar entrada a la eximente que como se recuerda en la sentencia y tiene señalado reiterada jurisprudencia, debe ser acreditada por quién la alegue y en el caso presente, en el que no se ha demostrado que carecieran de ayuda familiar, ni que hubieran agotado las instancias necesarias para solicitar y obtener ayuda pública para obtener una vivienda o que se encontraran incapacitados para obtener recursos por medio del trabajo, ya que son*

personas jóvenes que no consta que padezcan ninguna enfermedad que les imposibilite trabajar y obtener recursos para pagar un alquiler, no cabe concluir que nos encontremos ante un estado de necesidad con relevancia penal”. Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 25-6-2013, nº 402/2013, rec. 89/2013, Pte: Rojo Beltrán, Pilar Esther (EDJ 2013/148570): “Se alega finalmente, y con carácter subsidiario, la concurrencia de la eximente de estado de necesidad en la actuación de la acusada. La eximente de estado de necesidad justifica o exculpa la actuación de quien antepone sus propios bienes jurídicos personales a los de otro (S. AP Valencia, Sección 5ª de 26/10/2012). *Ni la acusada ni su defensa han aportado prueba alguna que acredite que fue ese pretendido estado de necesidad el motivo de ocupar indebidamente el inmueble*, pues es reiterado el criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar acreditadas como el hecho típico o nuclear mismo (SSTS 22 diciembre 1983, 10 noviembre 1984, 19 diciembre 1985, 6 mayo 86, 14 junio y 19 diciembre 1988 y otras posteriores de 29 de noviembre de 1999 y 25 abril 2001), y *las alegaciones de la defensa al respecto no han quedado en modo alguno acreditadas. A quien afirma la realidad de un hecho positivo le corresponde su prueba* (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992, 19 de abril de 1996 y 30 de mayo de 2003), *como también corresponde probarlos a la parte que los sostenga la concurrencia de hechos impositivos* (Sentencias de 4 de noviembre de 1988, 7 y 18 de abril de 1994 y 11 de abril de 1997), *o la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad que constituyen una modalidad de los anteriores* (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 25 de marzo, 7 y 8 de abril y 16 de septiembre de 1994, 9 de julio de 1997, 17 de septiembre y 25 de noviembre de 1998, 18 y 29 de noviembre de 1999, 19 de septiembre y 11 de octubre de 2001, 25 de enero, 22 y 30 de abril, 19 de junio, 2 de julio y 23 de diciembre de 2002 y 20 de mayo de 2003; sentencia del Tribunal Constitucional 36/96 de 11 de marzo). El motivo debe ser rechazado”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-1-2011, nº 45/2011, rec. 6/2011, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2011/29569): “En segundo lugar, la recurrente alega la concurrencia de la eximente completa de estado de necesidad, pero lo cierto es que no se practicó prueba alguna durante el acto del juicio tendente a acreditar la concurrencia de dicha circunstancia eximente. De hecho, en el escrito de conclusiones provisionales se adhiere a la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal, sin proponer ningún otro medio de prueba adicional y lo cierto es que *es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que corresponde a quien alega la concurrencia de una eximente de responsabilidad criminal acreditar la concurrencia de los requisitos necesarios para que la misma pueda ser apreciada*. La ausencia de toda prueba sobre la concurrencia de la eximente de estado de necesidad, debe comportar, necesariamente, que este segundo motivo de impugnación tampoco pueda prosperar”.

⁹⁶⁸ Vid., Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 10-1-2011, nº 22/2011, rec. 717/2010, Pte: Gil Hernández, Ángel (EDJ 2011/180277): “Por otro lado, en absoluto resulta acreditada la concurrencia del estado de necesidad que se pretende hacer valer por la recurrente, pues, *como causa de justificación que es, era precisamente a ésta a quienes correspondía la carga de probar todas y cada una de las circunstancias que pudieran permitir su apreciación (como reconoce, entre otras, la sentencia del T.S. de 25 de noviembre 2004), del mismo modo que a la acusación le corresponde la carga de acreditar las circunstancias determinantes de la tipicidad de la conducta*. Así pues, al encontrarnos ante una total ausencia de prueba que pudiera llevar a concluir que se viera abocada al delito, no es de apreciar tal estado de necesidad, debiendo precisar al respecto que *la referida prueba no puede deducirse, a modo de presunción, de las aparentes dificultades económicas por las que atravesaba la Sra. Angelina, pues necesariamente ha de exigirse, además, que se hayan agotado todas las posibilidades que pudieran existir (sociales, asistenciales o de cualquier otra clase) para la solución del problema de la vivienda que les afectaba*, lo que, en el caso analizado, no ha ocurrido”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 25-11-2013, nº 560/2013, rec. 447/2012, Pte: Oliván Lacasta, Pilar (EDJ 2013/288481): “Por último, señalar que *la precariedad económica de los acusados no afecta a la tipicidad. Tan solo podría operar como una eximente completa o incompleta de estado de necesidad, de difícil prosperabilidad en un delito como el presente, pues estas ocupaciones son consustanciales con situaciones de necesidad, lo cual en el presente caso no se ha acreditado mínimamente. La declaración de los imputados no es suficiente a tales efectos*, por lo que resulta difícil de sostener que el mal causado era inferior al que se trataba de evitar, por mucho que ese inmueble no se ocupara habitualmente por sus propietarias e incluso, como sostuvo una de ellas, últimamente no se utilizaba para pernoctar. El bien jurídico protegido es el derecho de propiedad del que forman parte las facultades de uso y disfrute que corresponden al titular del derecho, y no cabe duda que la permanencia del inmueble durante tres meses entraña una afectación relevante de ese bien jurídico”. Audiencia Provincial de Asturias, sec. 2ª, S 14-6-2013, nº 257/2013, rec. 42/2013, Pte: García-Braga Pumarada, Julio (EDJ 2013/133449): “Sobre tales motivos de impugnación debemos señalar que según una constante jurisprudencia, para poder apreciar cualquier circunstancia encaminada a eximir o

circunstancia eximente no está cubierta por el principio de presunción de inocencia, y por tanto ha de acreditarse como el hecho mismo”⁹⁶⁹, y “la presunción de necesidad derivada del mero hecho de la ocupación de la vivienda carece de base legal alguna”⁹⁷⁰.

atenuar la responsabilidad criminal de un sujeto, la misma ha de estar tan acreditada como el hecho en sí, exigiendo una reiterada jurisprudencia para la estimación de esta modalidad de estado de necesidad: la realidad, gravedad e inminencia del mal; *que se actúe a instancia o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia*; que no se trate de mera estrechez económica más o menos agobiante; que se pruebe que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal, profesional y familiar podía utilizar; que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico; y que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o a las de su familia, sin que se haya tomado más de lo estrictamente indispensable. En el supuesto que nos ocupa *no está acreditado en modo alguno ese estado de precariedad, penuria o indigencia que pueda justificar la conducta del recurrente* ni que en la fecha de autos tuviera dos menores a su cargo, no estado igualmente acreditado el que hubiera agotado todos los recursos posibles en la esfera personal, profesional y familiar dentro de su ámbito, toda vez que no consta el que se haya interesado ayuda de carácter social alguna y solicitar la adjudicación de una vivienda, y menos el que pidiese ayuda a su familia, dándose en este caso la circunstancia de que un familiar directo del mismo ocupaba la vivienda contigua a la usurpada, resultando más fácil ocupar tal vivienda por las vías de hecho y perpetuarse en tal ocupación durante más de un año, por lo que tales nuevos motivos de impugnación deben correr la misma suerte que los anteriores”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 13-6-2005, nº 278/2005, rec. 164/2005, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis (EDJ 2005/182734): “*Y en relación con el estado de necesidad que se alega porque, con reconocer el hecho obvio de que una conducta como la que ahora se examina va unida a una determinada situación crítica por parte de quien lleva a cabo materialmente la acción, es lo cierto que la situación a la que hace mención el art. 20.5 del Código Penal* (y que, en cuanto tal, hubiera posibilitado la apreciación de la circunstancia invocada y con ella la legalidad de la conducta) *no se ha acreditado* (ni siquiera se ha apreciado como atenuante por eximente incompleta) cuando no se ha puesto de manifiesto la situación de estrechez en que pudiera encontrarse la familia, cuando el hecho de la ocupación no ha sido acompañado de determinada actividad tendente a resolver la situación (solicitando determinada prestación de asistencia social al organismo competente) y cuando el modo de resolver la situación desesperada que motiva la reacción que se pretende ahora considerar legítima no deja de ser peculiar: permanecer en determinado inmueble donde vivían los padres de Eugenio, en el número... de la Calle... en que, una vez que se produjo determinada situación de tensión (que, por otro lado, tampoco se ha acreditado más allá que por las manifestaciones de los propios recurrentes) se vieron obligados a desalojar la casa donde estaban para pasar a utilizar una próxima”.

⁹⁶⁹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 21-7-2014, nº 570/2014, rec. 384/2013, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2014/164324): “Finalmente, se “supone” que por estar embarazada estaría en estado de necesidad. Además de ser de nuevo contradictoria esta alegación con la anterior, pues el estado de necesidad presupone el dolo, olvida la apelante que *la circunstancia eximente no está cubierta por el principio de presunción de inocencia, y por tanto ha de acreditarse como el hecho mismo. Ninguna actividad probatoria se ha desplegado en este sentido, que hubiera requerido no solo justificar la necesidad de vivienda, sino la imposibilidad de hacerlo por un medio lícito*. De hecho el recurso tiene que presumir o suponer por qué actuó así la acusada, que nunca ha dado razón de su comportamiento”.

⁹⁷⁰ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 24-2-2014, nº 131/2014, rec. 43/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2014/29870): “En lo que respecta a la eximente de estado de necesidad, la conclusión ha de ser igualmente desestimatoria. *No hay prueba alguna de la concurrencia en la recurrente de la situación de necesidad* que, con arreglo a la jurisprudencia, es precisa tanto para la apreciación de la eximente del art. 20.5 del Código Penal, como para la versión incompleta de la atenuante del art. 21.1 del mismo cuerpo legal. *La presunción de necesidad derivada del mero hecho de la ocupación de la vivienda carece de base legal alguna*, pues en tal caso, nunca podría cometerse el delito del art. 245.2 del Código Penal sobre inmuebles susceptibles de ser habitados. Por todo lo expuesto, procede confirmar la sentencia apelada en sus propios términos”.

Desde el punto de vista procesal la Jurisprudencia *menor* considera que es extemporáneo y contrario a la buena fe procesal suscitar *ex novo* en un recurso de apelación contra una sentencia una cuestión que no ha sido planteada ni debatida en primera instancia, es decir sobre temas que no fueran sometidos a contradicción procesal; y que quien invoca el estado de necesidad debe probarlo cumplidamente⁹⁷¹.

La ausencia de prueba determina que en muchos supuestos no se aprecie el estado de necesidad. Así a título ejemplificativo la Jurisprudencia *menor* rechaza su invocación cuando:

- No se alega en el escrito de defensa, por carecer de narración fáctica, o por no estar suficientemente probado por parte de la defensa impidiendo, por tanto, su apreciación⁹⁷².

⁹⁷¹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 11-9-2006, nº 683/2006, rec. 146/2006, Pte: Gurrera Roig, Matilde (EDJ 2006/356471): “El apelante plantea su recurso contra la sentencia de instancia por error en la apreciación de la prueba, por no haber tenido en cuenta las circunstancias de la recurrente y su familia, que debieron llevar a la aplicación de la eximente completa de estado de necesidad. Pues bien, vistas las actuaciones, se comprueba que en el escrito de defensa presentado por la representación de la acusada, no se solicitaba la apreciación de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, ni tan siquiera como conclusiones subsidiarias y también se comprueba que dichas conclusiones provisionales fueron elevadas a definitivas en el acto del juicio, por lo *que es extemporáneo y contrario a la buena fe procesal suscitar ex novo en esta alzada una cuestión que no ha sido planteada ni debatida en primera instancia, es decir sobre temas que no fueran sometidos a contradicción procesal*. En consecuencia, tal pretensión, no puede prosperar al ser doctrina jurisprudencial reiterada que *las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar tan acreditadas como el hecho típico mismo y en el presente caso no se ha propuesto, ni practicado, prueba alguna tendente a demostrar que la acusada, dada su precaria situación económica hubiera acudido previamente a los servicios sociales o centros de acogida a solicitar auxilio sin haberlo obtenido*; ni siquiera en el recurso se aporta documentación alguna que acredite dicho extremo, por lo que no existe ninguna base que sustente la eximente postulada, procediendo por ello, la integra confirmación de la resolución impugnada con desestimación del recurso de apelación interpuesto”. Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-4-2007, nº 236/2007, rec. 894/2005, Pte: Carril Pan, Antonio (EDJ 2007/109603): “Se alza la apelación contra la sentencia que condenó a los apelantes por un delito de usurpación, y lo hace invocando error invencible respecto de la ilicitud del hecho y estado de necesidad, alegaciones que cabe tratar conjuntamente en tanto en cuanto ambas adolecen del mismo defecto básico que origina que se trate más de unas alegaciones puramente formales que motivos fundados de apelación. *Para apreciar la concurrencia del error y de la eximente de estado de necesidad es reiterada la jurisprudencia que proclama la necesidad de que quien las invoca las pruebe cumplidamente*. Así lo proclaman las sentencias del T.S. de 28-3-1994; 24-4-1995; 24-6-1996 para el error, entre otras muchas, y la de 13-3-1997 para las eximentes en general, y resultando patente que no hay más prueba que la practicada en juicio o la legalmente preconstituida, y que los apelantes ni propusieron y menos practicaron prueba alguna en que amparar las circunstancias invocadas, pues ni tan siquiera acudieron al juicio, por lo que ni se les llegó a oír manifestarse sobre las mismas, se impone el rechazo del motivo”.

⁹⁷² *Vid.*, Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 7-6-1999, nº 146/1999, rec. 456/1999, Pte: Prieto Macías, Carlos (EDJ 1999/26795): “En lo que se refiere al estado de necesidad invocado, ha de tenerse presente que la esencia de esta eximente radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro

- La acusada no quiso, por incomparecencia voluntaria, manifestar o alegar aquellos aspectos que habrían sido determinantes para poder apreciar el referido estado de necesidad, no se le pudo interrogar sobre aspectos básicos para poder determinar su existencia, demostrando una clara voluntad obstruccionista⁹⁷³.
- Pese a la difícil situación laboral y económica de los acusados falta un mínimo de actividad probatoria puesto que los acusados (que ni siquiera comparecieron en el acto de la vista) se limitaron, en la fase de instrucción, a alegar unos hechos sobre los que ninguna prueba (personal o de otra naturaleza) aportaron, y así (i) nada acreditaron respecto a su situación laboral, (ii) tampoco acreditaron que, antes de la ocupación de la vivienda, recurrieran a los servicios sociales en demanda de un lugar para vivir o de otro tipo de ayudas para procurárselo, (iii) no obstante manifestar que fue la carencia de medios económicos lo que les llevó a ocupar la vivienda, ambos manifestaron que habían propuesto al propietario de la misma su alquiler, admitiendo con ello que estaban en condiciones de hacer frente al pago de la renta, y (iv) en la vista de apelación reconocieron que hasta que ocuparon la vivienda habían estado

remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual (sentencia de 5 de octubre de 1998, en ponencia del Excmo. Sr. Ramos Gancedo). *Pues bien, al carecer el escrito de defensa de narración fáctica cabe afirmar que ni se ha alegado el supuesto de hecho que colme estas exigencias, ni se ha articulado prueba alguna en este sentido, por lo que la desestimación de tal motivo de impugnación no precisa de más comentario*".

⁹⁷³ Vid., Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-7-2010, nº 68/2010, rec. 58/2010, Pte: Giner Gutiérrez, Diego (EDJ 2010/195004): "Problema distinto es acreditar si en la ocupación concurrió o pudo concurrir la eximente, completa o incompleta, de estado de necesidad, sí alegada pero no probada en el acto del juicio (art. 20 apartado 5 del Código Penal), pues no se dan ni la gravedad e inminencia del mal, ni es aplicable por la mera estrechez económica (vid SSTs 17 de octubre de 1990 y 16 de julio de 1991). A mayor abundamiento, no sólo no acreditó, ni siquiera intentó presentar una situación de precariedad económica, que, por otra parte, para que pueda tener alguna efectividad en este ámbito, ha de ser real, efectiva y grave por la naturaleza de los bienes jurídicos amenazados y la importancia del mal que se avecina como inminente, sino que, *la acusada no quiso, por incomparecencia voluntaria, manifestar o alegar aquellos aspectos que habrían sido determinantes para poder apreciar el referido estado de necesidad*, no se le pudo interrogar sobre aspectos básicos para poder determinar su existencia, demostrando una clara voluntad obstruccionista". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 18-6-2015, nº 480/2015, rec. 683/2015, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel (EDJ 2015/125652): "El recurso ha de ser desestimado desde el momento en que en el mismo se reconoce la ocupación de la vivienda ajena por la acusada, sin que tuviera título para ello. Por lo demás *no se pone de manifiesto que medio de prueba acredite el estado de necesidad en la acusada, reconociéndose igualmente que ni siquiera fue alegado por ésta con su incomparecencia al acto del juicio*".

viviendo con los padres de Violeta, con lo que admitieron que tenían una alternativa a la ocupación de la vivienda⁹⁷⁴.

- Porque como causa de justificación que es, corresponde precisamente los acusados la carga de probar todas y cada una de las circunstancias que pudieran permitir su apreciación, del mismo modo que a la acusación le corresponde la carga de acreditar las circunstancias determinantes de la tipicidad de la conducta, y la referida prueba no puede deducirse, a modo de presunción, de las aparentes dificultades económicas por las que pudieran atravesar los acusados, pues necesariamente ha de exigirse, además, que se hayan agotado todas las posibilidades que pudieran existir (sociales, asistenciales o de cualquier otra clase) para la solución del problema de la vivienda que les afecte⁹⁷⁵.
- Aparte de las manifestaciones de los encausados, no existe ningún otro elemento de prueba que sirva de soporte para demostrar la existencia del estado de necesidad que se invoca, habiendo sido posible para la parte

⁹⁷⁴ Vid., Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 21-1-2013, nº 6/2013, rec. 1032/2012, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/19604): “Partiendo de las consideraciones que anteceden, la Sala estima que en el presente caso procede la revocación de la sentencia apelada puesto que, oídos los acusados, puede afirmarse que la conclusión obtenida por la juzgadora de Instancia es consecuencia de una valoración probatoria que puede considerarse errónea si se tiene en cuenta que, por mucha sensibilidad que se tenga en relación con la difícil situación laboral y económica actual, habrá de convenirse en que la apreciación de un estado de necesidad exige algo más que la mera alegación de quien lo invoca, siendo necesario, cuando menos, un mínimo de actividad probatoria que en el caso de autos no se da puesto que los acusados (que ni siquiera comparecieron en el acto de la vista) se limitaron, en la fase de instrucción, a alegar unos hechos sobre los que ninguna prueba (personal o de otra naturaleza) aportaron, y así (i) *nada acreditaron respecto a su situación laboral*; (ii) *tampoco acreditaron que, antes de la ocupación de la vivienda, recurrieran a los servicios sociales en demanda de un lugar para vivir o de otro tipo de ayudas para procurárselo*; (iii) no obstante manifestar que fue la carencia de medios económicos lo que les llevó a ocupar la vivienda, ambos manifestaron (folios 19 y 21) que *habían propuesto al propietario de la misma su alquiler, admitiendo con ello que estaban en condiciones de hacer frente al pago de la renta*; y (iv) en la vista de apelación reconocieron que hasta que ocuparon la vivienda habían estado viviendo con los padres de Violeta, con lo que admitieron que tenían una alternativa a la ocupación de la vivienda”.

⁹⁷⁵ Vid., Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2009, nº 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2009/142926): “Por último, en absoluto resulta acreditada la concurrencia del estado de necesidad que se pretende hacer valer por los recurrentes, pues, *como causa de justificación que es, era precisamente a éstos a quienes correspondía la carga de probar todas y cada una de las circunstancias que pudieran permitir su apreciación (como reconoce, entre otras, la sentencia del T.S. de 25 de noviembre 2004), del mismo modo que a la acusación le corresponde la carga de acreditar las circunstancias determinantes de la tipicidad de la conducta*. Así pues, al encontrarnos ante una total ausencia de prueba que pudiera llevar a concluir que los acusados se vieron abocados al delito, no es de apreciar tal estado de necesidad, debiendo precisar al respecto que *la referida prueba no puede deducirse, a modo de presunción, de las aparentes dificultades económicas por las que atravesaban los mismos*, pues necesariamente ha de exigirse, además, que se hayan agotado todas las posibilidades que pudieran existir (sociales, asistenciales o de cualquier otra clase) para la solución del problema de la vivienda que les afectaba, lo que, en el caso analizado, no ha ocurrido”.

aportar alguna documentación o prueba testifical demostrativa de que la familia carecía de ingresos suficientes para su sustento, que habían acudido a los organismos públicos competentes en solicitud de una vivienda social o de ayudas económicas sin conseguirlo, y que carecían de ayuda de su entorno familiar, desconociéndose en definitiva de manera fehaciente las acciones que llevaron a cabo para remediar su situación familiar⁹⁷⁶.

⁹⁷⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 13-1-2011, nº 18/2011, rec. 3/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio (EDJ 2011/149874): “Con carácter subsidiario se solicita la aplicación de la eximente de estado de necesidad, o al menos su consideración como incompleta o atenuante, como consecuencia de la precaria situación económica de los acusados, que habían agotado cualquier posibilidad de obtener una vivienda social, careciendo de trabajo y percibiendo solo la ayuda familiar, teniendo cuatro hijos a su cargo, el mayor de ellos de siete años de edad, hijos cuya custodia, al parecer, les ha sido retirada por la Administración con posterioridad a estos hechos. El art. 20.5º del Código Penal establece que están exentos de responsabilidad criminal los que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesionen un bien jurídico de otra persona o infrinjan un deber, siempre que concurren los requisitos que el propio establece, siendo dos los elementos esenciales de la misma. En primer lugar, la necesidad, que exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquellos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito. Y en segundo término la proporcionalidad del mal causado, habiendo declarado la Jurisprudencia nos advierte que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades. En cualquier caso, según ha declarado la Jurisprudencia de manera reiterada, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de quedar tan acreditadas como los propios hechos objeto de acusación, y en este caso, *aparte de las manifestaciones de los encausados, no existe ningún otro elemento de prueba que sirva de soporte para demostrar la existencia del estado de necesidad que se invoca, habiendo sido posible para la parte aportar alguna documentación o prueba testifical demostrativa de que la familia carecía de ingresos suficientes para su sustento, que habían acudido a los organismos públicos competentes en solicitud de una vivienda social o de ayudas económicas sin conseguirlo, que carecían de ayuda de su entorno familiar, desconociéndose en definitiva de manera fehaciente las acciones que llevaron a cabo para remediar su situación familiar*, encontrándonos por otro lado con que la dueña de la vivienda se vio imposibilitada durante el tiempo que duró la ocupación ilegal de la misma de la posibilidad de venderla, con los perjuicios económicos inherentes a esta imposibilidad, de modo que no se ha demostrado la realidad del estado de necesidad invocado, por lo que el recurso debe decaer”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 27-12-2001, nº 910/2001, rec. 259/2001, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2001/77665): “Es necesario insistir en otro dato fundamental sobre el que, acertadamente, pone su énfasis la sentencia impugnada, *la prueba del estado de necesidad, que compete a la acusada; hecho éste que no ha quedado suficientemente probado, solamente las manifestaciones de una situación personal y económica precarias e insuficientes*, que vuelve a poner de relieve en el escrito de interposición del recurso, pero de las que no se deduce en absoluto la inminencia de un mal que haya de evitarse mediante la comisión de un ilícito penal”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 23-7-2007, nº 714/2007, rec. 125/2007, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del (EDJ 2007/208248): “Para apreciar la eximente completa de estado de necesidad, es necesario que concurren los siguientes elementos: a) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción puede apreciar la existencia de una situación de peligro real, intenso, ilegítimo, inminente y actual para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo. b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro, de forma que no quepa acudir a otros medios menos lesivos para solventar la situación. c) Que el mal o

- Salvo las interesadas manifestaciones de los apelantes, ninguna prueba se ha aportado al juicio oral (ni documental ni testifical) que justifique esa necesidad que invocaban y en la que amparaban su permanencia en la vivienda ocupada⁹⁷⁷.

2.2.4.- ¿ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE O EXCULPANTE? TEORÍA UNITARIA O DE LA UNIDAD VS., TEORÍA DIFERENCIADORA O DE LA DIFERENCIACIÓN

La circunstancia eximente de la responsabilidad criminal de la situación o estado de necesidad es concebida en el Código Penal con carácter amplio o general, en el sentido de que no está ceñida o limitada la índole del daño o lesión jurídica causados en evitación de un mal, ni tampoco el listado de bienes o derechos a cuya protección o

daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que "a posteriori" corresponderá formular a los Tribunales de Justicia (principio de proporcionalidad). d) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación. e) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual. La aplicación de las pautas y criterios jurisprudenciales que se acaban de reseñar nos lleva a la desestimación del recurso planteado, pues *la defensa no ha acreditado la concurrencia ni de uno solo de estos elementos, limitándose tan solo los acusados a afirmar la existencia de una precaria situación económica, sin prueba alguna que respalde esas manifestaciones. Prueba que desde luego no entraña dificultad alguna en el caso de ser cierto*".

⁹⁷⁷ Vid., Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 28-1-2013, nº 49/2013, rec. 19/2013, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2013/55600): "Descartadas las anteriores alegaciones, también debe serlo la concurrencia de la circunstancia eximente de estado de necesidad en tanto que, como afirma entre otras muchas la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 04-07-2003, núm. 968/2003, "las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para ser apreciadas, tienen que estar, en sus presupuestos fácticos, tan probadas como el hecho en el que se pretende que concurrieron". En el caso de autos, *salvo las interesadas manifestaciones de los apelantes, ninguna prueba se ha aportado al juicio oral (ni documental ni testifical) que justifique esa necesidad que invocaban y en la que amparaban su permanencia en la vivienda ocupada* incluso tras haber sido requeridos para que la abandonaran". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 27-9-2001, rec. 485/2001, Pte: Gimeno Jubero, Miguel Ángel (EDJ 2001/59589): "Se invoca igualmente el estado de necesidad, como eximente o como atenuante, al tenor de art. 20.5 y 21.1 del CP, pero *no se ha practicado prueba, aparte de la propia alegación, de la que pueda inferirse dicha circunstancia*". Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 17-3-2015, nº 124/2015, rec. 177/2013, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2015/50237): "Por otra parte señalar que *el resto de argumentos que se invocan en el recurso carece de relevancia práctica sencillamente porque no son objeto de prueba de ninguna clase con la interposición del mismo*. Así, ni el supuesto abandono o mal estado de la finca, ni el carácter temporal de la supuesta ocupación ni la supuesta falta de perturbación de la posesión o ejercicio del dominio por parte del titular de la vivienda *ni el supuesto estado de necesidad son objeto de la reseña de las pruebas concretas y practicadas en el acto del juicio o mediante documental (que no existe) que hipotéticamente pudieran acreditar alguno de dichos extremos*. Todo se queda en meras manifestaciones del recurrente teniendo en cuenta que la sala de alzada no puede revisar las declaraciones y pruebas de índole personal practicadas ante el juez del enjuiciamiento y fallo por carecer de la inmediación necesaria para ello. Y si no se acreditan dichos extremos fácticos es evidente que no hay que pronunciarse sobre ellos. La sala de apelación se pronuncia sobre hechos concretos y no sobre meras suposiciones".

amparo se provee. Su regulación alinea, junto a la admisión del estado de necesidad propio, el denominado auxilio necesario, aceptando la conflictividad entre bienes de igual valor como situación también determinante de la operatividad del número 5 del artículo 20 del Código Penal⁹⁷⁸.

El ordenamiento jurídico licencia o permite, ya por *razones de equidad* (en base a la situación de coacción psicológica o constreñimiento anímico perturbador padecido por el sujeto –inexigibilidad de otra conducta–), ya en *virtud del principio de ponderación de intereses* (teoría de la colisión que aboga por la salvación de aquellos que ostentan un mayor valor objetivo en comparación con los que han de ser sacrificados); el provocado sacrificio de bienes jurídicos extraños, en aras de conjurar el quebranto grave que se cierna sobre otro bien propio (y en ocasiones ajeno), sólo evitable merced a semejante embate inmolador.

Frente a la *teoría unitaria o de la unidad*, que considera que todo estado de necesidad es justificante o excluyente de la antijuridicidad; se alza la *teoría diferenciadora o de la diferenciación*, que admite tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-1-1986, Pte: Vivas Marzal, Luis (EDJ 1986/730); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 9-12-1985, Pte: Vivas Marzal, Luis (EDJ 1985/6433): “El estado de necesidad, como eximente y como figura jurídico-penal, tuvo cabida en el Derecho español codificado, de modo tímido e incipiente, en los códigos de 1848 y 1870, los cuales sólo comprendieron, en la exención, a los daños causados en propiedad ajena para evitar un mal, ensanchándose su ámbito de aplicación en el Código Penal de 1928, donde se le admitía en protección o amparo de vida, salud, honor o intereses, obteniendo un reconocimiento todavía más amplio en el Código de 1932, el cual, sin embargo, no lo aceptaba en los casos de conflictos de bienes de igual rango o entidad, y llegando a su apogeo en el Código Penal de 1944, en el de Justicia Militar de 1945 y en el artículo 21 del Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985, textos legales donde no se condiciona la naturaleza de los bienes o derechos susceptibles de protección mediante el sacrificio de otros, se admite el estado de necesidad propio y el ajeno y se da cabida a los conflictos de bienes de igual valor; en lo que respecta a su “naturaleza”, si el bien sacrificado es de menor entidad que el que se trata de preservar estado de necesidad “justificante”, unánimemente, se sostiene que se trata de una causa de justificación o de exclusión del injusto inspirada en principios de interés preponderante, pero si el conflicto se produce entre bienes jurídicos igualmente tutelados, son muchas las doctrinas que tratan de fundamentar dicha eximente -estado de necesidad “exculpante”, prevaleciendo la que entiende que se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad”.

⁹⁷⁹ Partidarios de la teoría unitaria o de la unidad: “En la doc. española, Gimbernat, Luzón Peña, Cuerda, Gómez Benítez, Roldán, Octavio de Toledo/Huerta, García Álvarez”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 419. Y de la teoría de la diferenciación “Sainz Cantero... Antón Oneca... Cuello Calón... Rodríguez Devesa... (con reparos)... Díaz Palos”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 463.

Según esta segunda teoría nos encontraríamos ante un *estado de necesidad justificante* cuando el conflicto se suscita entre bienes desiguales valorativamente, sancionándose la permisibilidad del sacrificio del interés especialmente inferior al que se salva, causa de justificación siempre proclive a la sobrevivencia del interés preponderante; admitiendo, a la vez, *el estado de necesidad exculpante*, conflicto entre bienes iguales o de la misma entidad, al no ser exigible que se deje sacrificar el interés amenazado, pese a que ninguno de ellos prevalezca sobre el otro, causa de exculpación fundada en que el Derecho no puede imponer actitudes de heroicidad al dirigirse con sus advertencias y admoniciones ordenadoras al hombre medio⁹⁸⁰.

Situaciones todas que, al llevar implícita una delegación de iniciativa en el sujeto necesitado actuante (ulteriormente, tras la consumación de los hechos, revisable jurídicamente), a menudo falto del deseable equilibrio espiritual en las situaciones de autoayuda, entreveradas sus decisiones con difíciles y poco aprehensibles cálculos probabilísticos, han de venir apreciadas bajo un prisma restrictivo, al objeto de no propiciar actuaciones arbitrarias o anárquicas.

El estado de necesidad implica la existencia de un conflicto objetivo e ineluctable entre dos bienes, la salvaguarda de uno de ellos, afecto de una situación de peligro real y grave, requiere la lesión o la puesta en peligro del otro; la conflictividad entre los dos bienes es ineludible, deviene imposible la evitación de ambos⁹⁸¹.

Compartimos la opinión de GIMBERNAT, LUZÓN PEÑA, OCTAVIO DE TOLEDO, Y HUERTA TOCILDO según la cual resulta más correcta la *teoría de la unidad*, para la que

⁹⁸⁰ “En el primer caso (mal que amenaza mayor que el causado para conjurarlo), según la tesis diferenciadora estaremos ante un estado de necesidad justificante. Que elimina la antijuridicidad de la conducta típica y la transforma en lícita. En la segunda situación (que el mal que amenaza y el causado son iguales), la mencionada doctrina estima que nos hallamos ante un estado de necesidad exculpante. Ya no basado en la idea de interés jurídico prevalente, sino en la de inexigibilidad de conducta distinta, que no comporta la eliminación de la antijuridicidad del comportamiento (el cual por tanto sigue siendo ilícito), sino de la culpabilidad y, con ello, igualmente de la responsabilidad criminal”. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Pág., 230.

⁹⁸¹ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-4-1987, Pte: Soto Nieto, Francisco (EDJ 1987/2952); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 24-11-1997, nº 1415/1997, rec. 3137/1995, Pte: Soto Nieto, Francisco (EDJ 1997/10508); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 25-11-1985, Pte: Soto Nieto, Francisco (EDJ 1985/6080).

las dos modalidades de estado de necesidad (mal causado menor o igual que el que se trata de evitar) son causas de justificación, que la de la diferenciación⁹⁸².

Considerar que el estado de necesidad referido a males equivalentes es causa de justificación implica necesariamente tres consecuencias que no se darían si se considerase que es una causa de exculpación: impunidad de la participación, admisibilidad del error, y exclusión de la responsabilidad civil al agente⁹⁸³.

De seguirse la teoría diferenciadora se castigaría al cómplice de quien ocasiona un mal en un bien jurídico ajeno para evitar un mal igual en el propio, mientras que se dejaría impune al autor de la lesión (con la teoría unitaria no, pues la participación delictiva en la causación de un mal igual que el que se trata de evitar es impune, ya que no hay participación criminal posible en un hecho lícito); se estimaría intrascendente el error sobre la igualdad de los males (con la teoría unitaria si el sujeto piensa equivocadamente que el mal que causa es igual -y no mayor como realmente ocurre-, que el que trata de evitar, estaríamos ante un error de prohibición indirecto); generaría responsabilidad civil en el agente como hecho ilícito que es (antijurídico pero no culpable) en contra de lo establecido en el artículo 118.1.3ª del Código Penal (de donde se inferiría que legalmente se considera que el estado de necesidad es una causa de justificación)⁹⁸⁴.

⁹⁸² GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Tecnos, 3ª edición (en esta editorial). Madrid, 1990. Págs., 218-230; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 419-422; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 230-236.

⁹⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Tecnos, 3ª edición (en esta editorial). Madrid, 1990. Págs., 218-230; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 419-422; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 230-236. Sin olvidar, que la acción de estado de necesidad, por ser legítima, no puede ser rechazada en legítima defensa.

⁹⁸⁴ Dispone el artículo 118.1.3ª del Código Penal: “1.- La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes... 3ª.- En el caso del número 5.º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales”.

La principal objeción a la teoría de la unidad es la inadmisibilidad de la legítima defensa frente a la conducta causadora del mal para evitar otro equivalente, al no admitirse legítima defensa frente a comportamientos justificados, a lo que LUZÓN PEÑA sostiene: “En cuanto a la objeción de que el afectado por la acción de estado de necesidad queda desprotegido porque, al no ser afectado por una agresión antijurídica, no le cabe legítima defensa, no es cierto que quede desprotegido, ya que puede reaccionar contra el otro también en estado de necesidad si el peligro afectaba en principio a ambos por igual, o incluso en estado de necesidad defensivo si el peligro no le afectaba en principio y es el otro que actúa en estado de necesidad quien desvía el peligro hacia él”⁹⁸⁵.

Una vía intermedia hasta que el Código Penal, como el StGB, distinga entre estado de necesidad justificante y exculpante es la sostenida por MIR PUIG quien afirma que hay que “empezar por desistir del empeño de cobijar en el art. 20.5º tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante, y a continuación limitar el alcance de aquel precepto al estado de necesidad justificante... El estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente de miedo insuperable (art. 20.6º CP) y, en lo que pueda resultar insuficiente, por una eximente analógica”⁹⁸⁶.

En la ocupación pacífica de bienes inmuebles VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC admiten el estado de necesidad exculpante al sostener que al margen del criterio político-criminal que sustenta el precepto (dar una respuesta punitiva al fenómeno de los ocupas), debe tenerse muy en cuenta el posible juego, en ciertos casos del estado de necesidad justificante o exculpante⁹⁸⁷.

La Jurisprudencia *menor* aunque trata con carácter general el estado de necesidad como justificante en esta figura delictiva, admite la posibilidad de su carácter exculpante al enunciar los requisitos de esta causa que exime de la responsabilidad criminal, al decir: “*el estado de necesidad requiere que en la realización de la acción*

⁹⁸⁵ LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 421.

⁹⁸⁶ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 465.

⁹⁸⁷ VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*... Op. cit., Pág., 1207.

*típica sea la única forma de salvar un bien, de lo contrario, cuando el conflicto de bienes o deberes admita otra solución, habrá faltado la necesidad y con ello la justificación o la exclusión de culpabilidad*⁹⁸⁸; “y desde luego no puede presumirse por el mero hecho de la ocupación de un inmueble la existencia de una situación de necesidad justificante o exculpante”⁹⁸⁹; “la eximente de estado de necesidad justifica o exculpa la actuación de quien antepone sus propios bienes jurídicos personales a los de otro...”⁹⁹⁰.

En otros supuestos se limita a desestimar la alegación del estado de necesidad, ya sea éste justificante o exculpante⁹⁹¹.

Cuando se ha estimado un estado de necesidad como causa de inculpabilidad y no como causa de justificación, éste se ha fundamentado en la inexigibilidad de otra conducta y no en el principio de interés preponderante, resultando por ello de aplicación el art. 118 del Código penal que establece una serie de reglas referentes a distintos supuestos en que, no obstante existir exención de responsabilidad criminal, dicha exención no arrastra igual consecuencia respecto de la responsabilidad civil⁹⁹².

⁹⁸⁸ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 23-1-2012, nº 25/2012, rec. 346/2011, Pte: Esteban Meilán, María del Rosario (EDJ 2012/8647); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, A 17-7-2013, nº 445/2013, rec. 497/2013, Pte: Martínez de Salinas Alonso, Luis (EDJ 2013/319138); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 17-3-2015, nº 50/2015, rec. 161/2014, Pte: Orea Albares, María Victoria (EDJ 2015/45566).

⁹⁸⁹ Vid., Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, S 9-5-2013, nº 207/2013, rec. 374/2013, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2013/223642).

⁹⁹⁰ Vid., Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 25-6-2013, nº 402/2013, rec. 89/2013, Pte: Rojo Beltrán, Pilar Esther (EDJ 2013/148570).

⁹⁹¹ Vid., Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 668/2013, Pte: Altares Medina, Pedro Javier (EDJ 2014/58557): “Tampoco se puede apreciar la concurrencia de estado de necesidad, ni como eximente completa, ni como eximente incompleta con virtualidad puramente atenuante, ni como causa de exculpación excluyente de la culpabilidad”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 3-2-2015, nº 172/2015, rec. 53/2014, Pte: Llarena Conde, Pablo (EDJ 2015/52903): “Igual desestimación merece la pretensión absolutoria asentada en la concurrencia de una eventual eximente de estado de necesidad del artículo 20.5 del Código penal. La circunstancia excluyente de la culpabilidad precisa de una pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno que imponga la necesidad de lesionar un bien jurídico de otro”.

⁹⁹² Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 17-5-2000, nº 174/2000, rec. 98/2000, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2000/52299): “Limitada la impugnación, formulada por los acusados absueltos, al pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil y prescindiendo de examinar en que términos habría de ejecutarse el Fallo, toda vez que parece admitirse la existencia de un estado de necesidad permanente, la argumentación jurídica de la sentencia, fundamento sexto, revela la estimación

2.3.- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

No actúa antijurídicamente quien realiza un hecho típico en cumplimiento de un deber jurídico o ejerciendo legítimamente un derecho, oficio o cargo⁹⁹³. Esta causa de justificación, se encuentra recogida en el artículo 20.7º del Código Penal, y a juicio de MUÑOZ CONDE es “la que más claramente tiene el carácter de causa de justificación, y hasta cierto punto, es una declaración superflua, pues igualmente tendría valor justificante aunque no se mencionara expresamente en el catálogo de las eximentes. No cabe... mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho, oficio o cargo. Lógicamente, el cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a Derecho”⁹⁹⁴.

Aunque, en principio, podría tratarse de una regla aparentemente vacía de contenido, pues, ningún ordenamiento puede, sin contradicción, prohibir y obligar a

de un estado de necesidad como causa de inculpabilidad y no como causa de justificación, con fundamento en la inexigibilidad de otra conducta y no en el principio de interés preponderante, resultando por ello de aplicación el art. 118 del Código penal que establece una serie de reglas referentes a distintos supuestos en que, no obstante existir exención de responsabilidad criminal, dicha exención no arrastra igual consecuencia respecto de la responsabilidad civil. Tales supuestos no son otros que las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad de los que existe una acción típica, antijurídica, pero no culpable o reprochable, permitiendo la disposición legal citada una lógica economía procesal evitando lo que gráficamente se ha llamado peregrinaje jurisdiccional, debiendo por ello descartarse la pretendida incompetencia de jurisdicción... La responsabilidad civil derivada de un hecho punible, entendido en un sentido limitado de típico y antijurídico, no se acota a los daños y perjuicios, pese a que dichos conceptos sean los utilizados tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico, art. 109.1 del Código penal, 1106 y 1002 [léase 1092] del Código Civil. Al detallar el contenido de dicha responsabilidad el art. 110 del Código Penal enumera en primer lugar la restitución, al igual que el art. 100 de la ley procesal penal, restitución no es sino la acción o el efecto de restituir, "volver una cosa a quien la tenía antes", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se trata por ello de un pronunciamiento plenamente acorde con la infracción prevista en la art. 245.2 del Código penal para el caso de llegar a juicio con la subsistencia de la conducta antijurídica cuestión distinta es que, además, se acredite un menoscabo del inmueble, edificio o vivienda o de un detrimento patrimonial con causa en la ilícita ocupación (pérdida de rentas por renuncia del posible arrendatario), en cuyo caso, sin perjuicio de la restitución tendrían cabida además la indemnización de daños y perjuicios”. *Vid.*, SANTA CECILIA GARCÍA, F.: << La responsabilidad civil “ex delicto” en el Proyecto de Código Penal de 1992 >> en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal... Op. cit.*, Págs., 1015-1034.

⁹⁹³ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 509-510.

⁹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 337.

realizar una misma conducta, cumple la importante función de hacer expresa la apertura del sistema penal al resto del ordenamiento, permitiendo incorporar al Derecho penal las circunstancias específicas de justificación diseminadas por el ordenamiento. Ejerce por ello una función de regla universal de justificación en blanco, dando así vida al principio de unidad del ordenamiento jurídico.

Si bien la redacción del artículo 20.7 del Código Penal parece comprender cuatro modalidades (deber, derecho, oficio o cargo), son reconducibles a dos: cumplimiento de un deber jurídico y ejercicio legítimo de un derecho. Ambos pueden provenir o ir aparejados al ejercicio de un cargo público, o de un oficio o profesión, y también a cualquier otra posición jurídica que imponga deberes u otorgue derechos.

Se fundamenta en el principio de la prevalencia del interés preponderante, que tiene lugar cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece en el caso concreto un interés de más valor que desplaza al primero⁹⁹⁵.

2.3.1.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

El presupuesto básico de esta modalidad de la eximente es que concurra un deber de lesionar el bien jurídico vulnerado. Ello supone que la ley penal realizada no ha derogado el deber jurídico no penal. No basta con la existencia de cualquier deber de

⁹⁹⁵ Cfr., MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. IV.- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 195-201; RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 509-510; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 337-343; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 487-490; COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 471-473; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 249-250; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Págs., 134-138; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 154-156; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 347-350; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 435-438. En relación a la ocupación pacífica se admite por algunos autores con carácter general esta causa de justificación: “Es posible aplicar la concurrencia de las causas de justificación consistentes en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los “okupas” >> en *Revista Sepin...* Op. cit., Pág., 6. “Así también queda excluida la antijuridicidad por el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de oficio o cargo, según lo dispuesto en el artículo 20.7º [del Código Penal]”. GONZÁLEZ CERRÓN R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* Op. cit., Pág., 399.

actuar, sino que ha de consistir en un deber *específico* de lesionar el bien jurídico vulnerado. Se excluyen así de la eximente 7ª los casos de colisión de deberes comprendidos en el art. 20.5 (estado de necesidad).

Delimitado así el ámbito del artículo 20.7º, será difícil encontrar deberes cuyo cumplimiento dé lugar a su aplicación que no procedan de un cargo público⁹⁹⁶.

De la naturaleza de causa de justificación genérica que presenta esta eximente se desprende su subsidiaridad en relación con otras causas de justificación más específicas: legítima defensa o estado de necesidad. Si se aprecia una de éstas, ya no habrá lugar

⁹⁹⁶ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 490-491. Para entender claramente la diferenciación entre estado de necesidad y cumplimiento de un deber transcribimos el ejemplo que recoge MIR PUIG: “Si un agente de Policía practica una detención, a que está obligado, actúa amparado por la eximente 7ª porque obra en cumplimiento de un deber que le obliga *específicamente* a practicar la detención. En cambio, si para lograr detener a unos delincuentes que huyen a gran velocidad, en un coche, la Policía se ve obligada a conducir temerariamente y a poner en concreto peligro bienes jurídicos ajenos, el delito de conducción temeraria del art. 381 quedará excluido por colisión de deberes del art. 20.5º (estado de necesidad), y no por el art. 20.7º, porque el deber de detener no consiste *específicamente* en la violación de la seguridad del tráfico”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 490-491. “El Derecho en general y el Derecho penal en particular suponen la posibilidad de recurrir a la coacción como medio de imponer sus normas. La ley vincula a determinados cargos el ejercicio de dicha coacción: la Policía, los Jueces y Fiscales, y sus agentes, los superiores militares respecto a sus subordinados y otras Autoridades. Cualquiera de estos cargos obliga a adoptar medidas coactivas y lesivas de bienes jurídicos ajenos en determinados supuestos... En muchos... casos las condiciones de legalidad del acto se hallan previstas por el Derecho de un modo lo suficientemente preciso para que no plantee dudas excesivas su justificación... En algún caso, en cambio, el deber se condiciona a la concurrencia de circunstancias concretas de apreciación más discutible”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 492. “El deber que se cumple o el derecho que se ejerce deben ser jurídicos, y no meramente éticos... Los deberes pueden provenir de un cargo público (son los casos cualitativamente más importantes, especialmente cuando se trata de la actividad de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad pública), de un oficio o de cualquier otra situación jurídica de deber. Y lo mismo sucede con los derechos. Nada impide que la justificación provenga de fuentes no escritas, siempre que tengan valor jurídico... Si faltan los presupuestos del deber jurídico... o de la posición de derecho no habrá eximente completa ni incompleta... El cumplimiento y el ejercicio deben ser legítimos, esto es, acordes con el esquema de valores y los preceptos del propio sistema jurídico. Esta exigencia se extiende también a las variantes de ejercicio de cargo o de oficio, que deben ajustarse estrictamente a la ley. Se trata de un conflicto de intereses jurídicos que debe resolverse también jurídicamente... La causación del daño o peligro típico debe ser necesaria en abstracto (deben estar presentes las circunstancias objetivas que justifican la intervención) y en concreto (la respuesta singular debe ser proporcionada)... Si se produce un exceso en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento del deber, el hecho ya no estará justificado... Si se trata de un exceso extensivo... (no hay necesidad en abstracto), el hecho será completamente ilícito... Si hay un exceso intensivo (ausencia de necesidad en concreto) porque el sujeto se excede en la respuesta... no habrá eximente completa pero sí incompleta, siempre que el exceso no tenga tal entidad que no permita siquiera valorar la correcta situación de partida... La ponderación de intereses que está en la base de la justificación debe hacerse *ex ante*, en el momento en que el sujeto actúa... Quien provoca la situación de conflicto no puede luego invocar título legítimo para lesionar. Ello no es más que una consecuencia del principio general del derecho de que nadie puede aprovecharse de su propio acto ilícito”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. IV.- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 196-197.

para la toma en consideración del cumplimiento de un deber, pues, respecto de ellas tiene un carácter residual.

Al no entrar en juego si concurren otras causas de justificación más específicas e, incluso, de mayor amplitud, hemos de recordar aquí que ya expusimos que el consentimiento excluía la tipicidad por lo que no sería necesario acudir a esta causa de justificación cuando nos encontremos ante supuestos de autorización concedida por órganos judiciales o administrativos, o por un precepto legal o reglamentario⁹⁹⁷.

Así, aunque MESTRE DELGADO comienza afirmando que “es muy frecuente la concurrencia de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7º del Código), ya que aquellas hacen referencia a comportamientos que, en muchas ocasiones, responden a la actuación legítima de funcionarios públicos que desempeñan tareas encomendadas legalmente a la Administración (policías, bomberos, arquitectos, ingenieros o peritos de las Administraciones Locales, etc.)”, continúa sosteniendo, en línea con lo anteriormente expuesto, que “esta situación ha provocado que en los tipos de ocupación pacífica de inmuebles (art. 245.2) y distracción de los cursos de agua (art. 247), el legislador haya configurado como *causa de atipicidad la autorización de la conducta*, extremo éste que debe reconducirse a la reglamentación propia del servicio público de que se trate”⁹⁹⁸.

⁹⁹⁷ Vid., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 250-251. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 911; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Págs., 17-18; GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* Op. cit., Pág., 398; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., Pág., 447. “Que la ocupación sea “sin autorización debida”, expresión esta que, según se advirtió en otro lugar, comprende tanto la autorización del dueño como la concedida por órganos judiciales o administrativos”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 913. HAVA GARCÍA sostiene que la autorización puede provenir de un precepto legal. En la misma línea se muestra MESTRE DELGADO: “La autorización que puede equivaler al consentimiento del titular del inmueble o de quien posea facultades de disposición con respecto al mismo, o bien proceder de un precepto legal”. HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... Op. cit., Pág., 293. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... Op. cit., Pág., 346.

⁹⁹⁸ MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... Op. cit., Pág., 346. Sin embargo, en contra SERRANO PIEDECASAS: “Es posible aplicar la concurrencia de las causas de justificación consistentes en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Piénsese en la autorización obtenida por órganos judiciales o administrativos”.

En la misma línea MANZANARES SAMANIEGO afirma que “será posible igualmente la concurrencia del cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de un derecho, oficio, o cargo, si bien haya de recordarse cómo la modalidad activa del propio tipo requiere que la ocupación sea "sin autorización debida", expresión ésta que... comprende tanto la autorización del dueño como la concedida por órganos judiciales o administrativos”⁹⁹⁹.

BLANCO LOZANO, ejemplifica esta causa de justificación en el agente judicial (hoy funcionario de auxilio judicial) que ejecuta un desahucio; si bien, conforme a lo anteriormente expuesto sería un supuesto de atipicidad de la conducta por autorización concedida por órgano judicial. Ello nos lleva a concluir que difícilmente podemos encontrar supuestos que tengan cabida en esta causa de justificación¹⁰⁰⁰.

La Jurisprudencia *menor* no contempla situaciones amparadas por esta eximente y rechaza un supuesto en que se alega el cumplimiento de la patria potestad como deber justificante de la ocupación pacífica, pues “el Ordenamiento jurídico no impone el cumplimiento de deberes cuyo cumplimiento comporta una afectación de los derechos de terceros cuando tal afectación puede evitarse sin renunciar a la tutela del interés en el que se fundamentaría la imposición de tales deberes”¹⁰⁰¹.

SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs. 420-421.

⁹⁹⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913.

¹⁰⁰⁰ BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El sistema de la parte especial. Volumen I.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* *Op. cit.*, Págs., 499-500; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* *Op. cit.*, Pág., 234.

¹⁰⁰¹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 30-3-2006, nº 416/2006, rec. 269/2005, Pte: Cardenal Montraveta, Sergi (EDJ 2006/292412): “En la cuarta de las alegaciones en las que se articula el recurso, se afirma que “es de aplicación al presente caso la eximente de obrar en cumplimiento de un deber motivada por la posición de garante que ocupaban mi representado y su esposa respecto de sus hijos”. Ciertamente, la coherencia interna del Ordenamiento jurídico impide admitir que el cumplimiento de un deber impuesto en una determinada rama del Derecho se considere antijurídico y se castigue por el Derecho penal. Así se reconoce expresamente en el art. 20.7 CP. Pero no basta con esgrimir un deber, como el recogido en el art. 154 del Código Civil, para afirmar que la conducta de los recurrentes supone su cumplimiento. Que los padres tengan el deber de velar por los derechos de sus hijos no permite afirmar que, en las circunstancias en las que se encontraban los acusados, el cumplimiento de aquel deber ampare la realización de la conducta descrita en el art. 245.2 CP y conduzca a tener que afirmar que la realización

2.3.2.- EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

El ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico autoriza a realizar una conducta en principio típica y, por tanto, la justifica. Es irrelevante si se trata de un derecho subjetivo, de una potestad o de una simple facultad, pues basta que el ciudadano tenga jurídicamente reconocido un poder para realizar tal conducta. Ahora bien, aquí no basta con remitirse simplemente al ámbito de lo no regulado o no prohibido, o sea, al principio de que todo lo no prohibido está permitido, puesto que la conducta encaja en un tipo penal y por tanto en principio está prohibida; por consiguiente, para la justificación es preciso un derecho de actuación jurídicamente reconocido. La norma que concede o reconoce el derecho puede estar en la legislación (leyes y reglamentos de Derecho interno, Derecho comunitario europeo), en tratados incorporados al Derecho interno o en normas del Derecho de gentes, pero también, aunque excepcionalmente, en el Derecho consuetudinario o incluso en principios generales del Derecho¹⁰⁰².

de la misma es ajustada a Derecho. El Ordenamiento jurídico no impone el cumplimiento de deberes cuyo cumplimiento comporta una afectación de los derechos de terceros cuando tal afectación puede evitarse sin renunciar a la tutela del interés en el que se fundamentaría la imposición de tales deberes. Y mucho menos cuando el propio Ordenamiento ha previsto expresamente los cauces para proteger intereses jurídicos (en este caso, los derechos de los menores) que pueden entrar en conflicto con otros. Así se explica, por ejemplo, la intervención de la Administración Pública cuando los menores se encuentran en situación de desamparo, si bien en el presente supuesto ni siquiera ha quedado acreditada una situación de peligro para los derechos del hijo de los recurrentes. La necesidad de proteger determinados intereses permite la imposición de deberes, pero el contenido de tales deberes no consiste en la protección de aquellos intereses cuando tal cosa comporte una afectación de otros intereses, que podría evitarse sin que por ello se viera necesariamente afectada la protección de los intereses cuya protección legítima la imposición del deber. En la medida en que ello sea posible, el Ordenamiento jurídico opta por evitar la colisión de intereses y, por lo tanto, el sacrificio de uno de ellos”.

¹⁰⁰² Una referencia al Derecho consuetudinario la encontramos en el *ius usus innocui*, invocado por HERRERO HERRERO y FERNÁNDEZ APARICIO: “Las modalidades típicas de esta figura delictiva no devendrán en antijurídicas, si lo impide alguna causa de justificación... [como] el ejercicio legítimo de algún derecho. De forma específica, ha de hacerse referencia, a este respecto, al llamado derecho de uso inocuo, basado, al parecer, en nuestro país, en fuente jurídica consuetudinaria”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Pág., 165. “En nuestro país a nivel consuetudinario existe lo que se denomina derecho de uso inocuo. Habría que analizar si en un caso concreto, ante la falta de manifestación del titular, la presunción de no contar con su autorización quedaría rota por este derecho de uso inocuo. En todo caso al tratarse de una causa de exclusión de la antijuridicidad (art. 20.7º, ejercicio legítimo de un derecho) deberá acreditarse en todos sus extremos. *In extremis*, la defensa podría plantear error de prohibición (art. 14)”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1318. Nos remitimos a lo ya expuesto anteriormente al tratar esta institución y la función social de la propiedad, las cuales no pueden servir de soporte para la exclusión de la protección penal dada por el legislador en el artículo 245.2 del Código Penal. Los supuestos de *ius usus innocui*, se tratarían más bien de casos todos ellos que más que tener cabida en una institución no prevista expresamente en el Código Penal (cuando el orden

Lo que diferencia al ejercicio del derecho de las otras causas de justificación (la legítima defensa y el estado de necesidad), es que en éste no hay que proteger el derecho frente a ataques ilegítimos que pretenden negarlo o destruirlo o frente otros peligros para la existencia o integridad del derecho, que es la situación base, respectivamente, de la legítima defensa y del estado de necesidad. En el ejercicio del derecho su titular simplemente tiene que decidir usar, dentro de los límites jurídicamente trazados para su legitimidad, las facultades que le concede ese derecho del que dispone (límites generales que señala BUSTOS RAMÍREZ: el abuso del derecho y la realización arbitraria del propio derecho). Uso de facultades que ya está jurídicamente previsto que, dentro de tales límites, pueda afectar o menoscabar bienes jurídicos ajenos. Como afirman OCTAVIO DE TOLEDO Y HUERTA TOCILDO, no cabría hablar de legitimidad en su ejercicio si no se hace valer el derecho “de conformidad con las pautas jurídicas que limitan su uso”.

En esta causa de justificación no se detalla expresamente sus límites mediante los correspondientes requisitos, ya que los límites serán diversos según el derecho de que se trate; pero la exigencia de ejercicio legítimo supone una remisión a las diversas condiciones y límites impuestos para la legitimidad del ejercicio de cada derecho¹⁰⁰³.

A) “Derecho a la vivienda”: Naturaleza y efectos jurídicos

Reconoce el artículo 47 de la Constitución Española que *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”*.

jurisdiccional penal se basa en el principio de legalidad), podrían tener acogida en la ausencia de dolo en el sujeto activo, o en el estado de necesidad.

¹⁰⁰³ LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 438-439; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 348; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Pág., 251.

Por su emplazamiento sistemático en el Capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica”, del Título I “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, de la Constitución Española, se discute si meramente se trata de una norma jurídica o si por el contrario nos encontramos ante un derecho público subjetivo.

En relación a tales principios rectores de la política, dispone el apartado tercero del artículo 53 CE que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La declaración contenida en el último inciso del artículo 53.3 CE impide su configuración como derecho público subjetivo, pero no su consideración como norma jurídica. La generalidad de la doctrina configura los derechos contenidos en el Capítulo III del Título I de la CE como derechos de prestación frente al Estado¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁴ “El Capítulo Tercero (principios rectores de la política social y económica), como su propia denominación indica, no reconoce propiamente derechos subjetivos sino "principios rectores" que deben presidir la acción de los poderes públicos... Resulta claro, pues, que no todo el Título Primero reconoce derechos fundamentales... [Pero la] denominación de "derechos fundamentales" puede resultar equívoca ya que se usa en un doble sentido. En un sentido amplio, y menos preciso técnicamente, el término "derechos fundamentales" puede incluir todas las normas materiales del Título Primero que dan rango constitucional a un determinado bien jurídico; desde esta perspectiva, los tres primeros capítulos del Título Primero reconocen derechos fundamentales. En un segundo sentido, más estricto, y más correcto técnicamente, "derechos fundamentales" no son todos los del Título Primero... [De esta categoría hay que excluir todo el] Capítulo Tercero [que] no reconoce auténticos derechos subjetivos sino solamente principios rectores. Dicho de otra manera, los "principios rectores" no otorgan por sí solos facultades ejercitables al individuo; se trata sencillamente de normas dirigidas al poder público, sin dimensión subjetiva autónoma”. PÉREZ TREMP, P.: << III.- Derechos y deberes de los ciudadanos. Lección 6ª.- Los derechos fundamentales >> en *Derecho Constitucional. Volumen I.- El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., Y SATRÚSTEGUI, M. Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición. Valencia, 2013. Págs., 125-127. “El resto de derechos que se recogen en el Capítulo III implican esencialmente mandatos dirigidos a los poderes públicos para que, en el cumplimiento de su cargo y en la adopción de políticas públicas así como en el desarrollo de la legislación positiva y de la práctica judicial, hagan efectivo el ejercicio de tales derechos. Su defensa será posible ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento ordinario en virtud de la Ley que los desarrolle”. MACÍAS JARA, M., Y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: << Tema 14.- Teoría general de los derechos y libertades >> en *Lecciones de Derecho Constitucional*. ÁLVAREZ VÉLEZ, Mª. I. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición. Valencia, 2014. Pág., 308. “Los principios contenidos en el Capítulo III, Título I de la Constitución, presentan una diferencia estructural y funcional con respecto a los derechos públicos subjetivos y libertades fundamentales garantizados en los Capítulos I y II. En efecto, estos principios no son derechos subjetivos, es decir, no son intereses jurídicos que se atribuyan por el ordenamiento a los ciudadanos, adjudicándoles un poder de disposición sobre los mismos. Esto es, siendo intereses jurídicos tutelados por el Derecho, no son auténticos derechos, lo que impide que los ciudadanos puedan dirigirse a los órganos judiciales exigiendo su satisfacción por parte de los poderes públicos. De ahí que algunos autores hayan hablado de derechos potestativos, de expectativas de derecho, de simples normas dirigidas al legislador, de derechos reflejos o derechos reaccionales. Otro sector de la doctrina los ha denominado "normas de acción", "determinaciones de fines del Estado", o,

De lo expuesto, se derivan a juicio de LARRAURI PIJOAN tres conclusiones:

- La posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra aquellas leyes que no respeten el contenido del artículo 47 CE¹⁰⁰⁵.
- La obligación de los poderes públicos de proteger este derecho, lo que implica el necesario desarrollo de una legislación encaminada a garantizar su conservación y a asegurar su disfrute a los sectores de la

según nuestra posición, se trata de "derechos fundamentales *informadores*". Ahora bien, ello no significa que carezcan de normatividad y eficacia jurídica. Los principios rectores de la política social y económica son normas jurídicas. Son preceptos constitucionales que se caracterizan por su naturaleza programática, orientando y delimitando la actuación de los poderes públicos: "son postulados inderogables y vinculantes, inspirados en los valores constitucionales que tienden, mediante la capacidad transformadora, articulada en su normativa correspondiente, a optimizar el bienestar general". Disfrutan, pues, del carácter de elementos informadores del ordenamiento jurídico, y actúan simultáneamente como mandatos y límites al legislador (STC 19/82)". DE ESTEBAN, J., Y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J.: *Curso de Derecho Constitucional Español. Volumen II*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 1993. Pág., 298.

¹⁰⁰⁵ Vid., LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda >> en *Cuadernos de Política Criminal...* Op. cit., Págs., 307-309. "No es factible argüir una posible inconstitucionalidad del precepto [art. 245.2 CP] contraponiendo los artículos 33 y 47 de la Constitución Española y la función social de la propiedad que aparece en el artículo 348 del Código civil... El legislador ha creído pertinente dar una protección adicional en el ámbito penal a los derechos inherentes al dominio sobre los bienes inmuebles por razones de política criminal, siendo además el derecho a la vivienda digna un principio rector de la vida social y económica y no un derecho propiamente dicho cuya tutela pueda pedirse directamente ante los Tribunales como establece el artículo 53.3 de la Constitución". GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno "okupa" desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* Op. cit., Pág., 8. "En cuanto al supuesto conflicto que en la sentencia recurrida se viene a plantear entre el derecho de propiedad del titular de la vivienda y el derecho a la vivienda del acusado, debe tenerse en cuenta que el art. 245.2 del Código Penal es un precepto de vigencia posterior a la entrada en vigor de la Constitución Española actualmente en vigor; sin que haya sido declarado inconstitucional dicho precepto; por lo que debe ser aplicado y observado por los Jueces y Tribunales, salvo que se considere que dicha norma pudiera ser contraria a la Constitución y se plantee por ello ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 de la propia Constitución; lo que no es del caso, pues resulta claro que en la sentencia recurrida no se plantea que el art. 245.2 del Código Penal pueda ser tachado de inconstitucional, ni siquiera se afirma en la sentencia recurrida dicha supuesta inconstitucionalidad. El mero hecho de que el ejercicio del derecho de propiedad del dueño del inmueble pudiera entenderse en la sentencia recurrida como contradictorio u opuesto al derecho a una vivienda digna por parte del acusado, no supone que, sin más, se considere que la conducta del acusado, al llevar a cabo la conducta penalmente tipificada como delito en el art. 245.2 del Código Penal, sea lícita por carecer de antijuridicidad. En todo caso, no parece que en la sentencia recurrida se haya extraído la consecuencia jurídica propia de que, en su caso, la conducta del acusado hubiera estado justificada por el ejercicio del derecho a la vivienda, pues en la sentencia recurrida no se hace expresión alguna de que en el hecho enjuiciado concurriera la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, prevista en el art. 20.7º del Código Penal. Por todo ello, que en la Constitución se reconozca a todo ciudadano el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47) no es causa o fundamento para justificar en el hecho enjuiciado la conducta del acusado". CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 811. Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2006, nº 465/2006, rec. 266/2006, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2006/399542).

población que carecen de él. Extremo que se encuentra en íntima conexión y reforzado por el mandato contenido en el artículo 9.2 de la CE¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁶ Vid., LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda>> en *Cuadernos de Política Criminal...* Op. cit., Págs., 307-309. "La frase "todos (...) tienen derecho a una vivienda digna y adecuada (...)" no pretende tanto reconocer un situación jurídica individualizada y dotada de acción ejercitable, cuanto definir una situación objetiva en que todos estén en condiciones de satisfacer, conforme a sus distintas circunstancias y proyectos vitales, la necesidad básica de refugio y habitación, concretamente la de disfrutar efectivamente de una vivienda con las referidas cualidades (satisfacción que es justamente a la que tienen derecho en tanto que ciudadanos). Dicho en otros términos: sucede aquí lo mismo que en otros preceptos del mismo capítulo; el derecho, si lo hay, es un derecho ciudadano a la acción de los poderes públicos que debe tener tal resultado. Es especialmente adecuado, a este respecto, el paralelismo con el derecho al medio ambiente, que lo es solo al que responda a los estándares normativos correspondientes y, en particular, los de la protección de la naturaleza y, por tanto, a la acción constante de creación y recreación de las condiciones correspondientes. Se trata, como dice el art. 45 CE (que, por lo dicho puede trasladarse perfectamente al art. 47 CE), de unas condiciones medioambientales (o, por analogía, de refugio y habitación; de vivienda) con una precisa funcionalidad: ser adecuadas al desarrollo de la persona. Conexión esta que enlaza, a través del valor superior del libre desarrollo de la persona en sociedad (art. 10.1 CE), con el deber general del Estado de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE). La funcionalidad así precisada se explica por la trascendencia del medio ambiente y la vivienda para la vida individual y colectiva, no obstante no ser posible i) ni la determinación precisa (para cada persona o grupo de personas y con carácter definitivo, general y abstracto, menos aún en el plano constitucional) del medio ambiente y de la vivienda adecuados para cada una de ellas o cada uno de los grupos en que puedan considerarse integradas; ni ii) la restricción de la función a la mera construcción de un tipo necesariamente ideal de vivienda en cantidad suficiente y calidad adecuada. Y, al propio tiempo, explica, por ello, la dificultad insuperable del reconocimiento de un derecho subjetivo perfecto en el propio escalón constitucional. La vivienda no es tanto, constitucionalmente hablando, una cosa de características únicas y precisas, cuanto (como resulta ya de la significación señalada por el diccionario de la Real Academia) un lugar cerrado y cubierto idóneo para ser habitado por personas, lo que remite a múltiples dimensiones que van desde lo físico-construtivo, pasando por lo económico y social, hasta lo urbanístico-ambiental, que varían, además, en función de quien deba efectuar el disfrute... Abunda en todo caso en la dirección de la argumentación hasta aquí seguida el triple dato de que: - La efectividad del derecho de disfrute de una vivienda digna y adecuada se refiera no solo a la generación de las condiciones reales, sino al establecimiento de las normas pertinentes. - La naturaleza y el alcance de las condiciones no aparecen determinadas, pero del hecho de que comprendan desde luego la acción urbanística de los entes públicos (participando la comunidad en las plusvalías por ella generadas) da cuenta de su amplitud y heterogeneidad, por lo que la de construcción directa o el fomento de la construcción de edificios residenciales, es decir, de viviendas en modo alguno agota o puede siquiera agotar la acción pública dirigida a cumplir el mandato constitucional. - El objeto de las normas a establecer deba ser la regulación de la utilización del suelo conforme al interés general para impedir la especulación. La situación objetiva (combinación de normatividad y realidad) postulada por el precepto constitucional como idónea para la efectividad del derecho de todos a una vivienda adecuada es, así, un fin u objetivo complejo en cuanto fruto de multiplicidad de factores y necesariamente transversal, por ello, a cuantas acciones públicas de configuración social sean necesarias y aptas para contribuir a ella. Por lo mismo la vivienda es una responsabilidad del conjunto de los poderes públicos y, en términos del art. 106.2 CE, un servicio público funcional estructural que, por estar dirigido a la satisfacción de una necesidad social básica no susceptible de ser provista sin más por el mercado a precio razonable en todos los casos, encuentra cobertura, como bien razona el autor, en la noción comunitario-europea de los servicios sean económicos de interés general o de interés general y carácter económico permisiva de modulaciones y, en su caso, restricciones y hasta excepciones a la libre competencia. Lo que permite concluir que lo que otorga la norma fundamental es un derecho jurídico-público, parte del estatuto del ciudadano, a tal servicio público". PAREJO ALFONSO, L.: << Prólogo >> en *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*. TEJEDOR BIELSA, J. Ed. La Ley. Madrid, 2012. Págs., 19-22.

- La referencia del artículo 20.7 del CP al ejercicio *legítimo* de un derecho excluye su aplicación a los supuestos en que el particular recurre a las vías de hecho como medio de satisfacerlo¹⁰⁰⁷.

B) La ocupación pacífica ¿Una desobediencia civil justificada?

El movimiento “okupa”, sobre la base del “derecho social” a disponer de una vivienda, máxime existiendo viviendas desocupadas y abandonadas por sus propietarios, considera que tiene derecho a ocupar pacíficamente un inmueble¹⁰⁰⁸. Una aproximación a esta postura la encontramos en QUERALT JIMÉNEZ al afirmar que “no habría que olvidar... el principio informador de la Constitución como es el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE)”¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁷ Vid., LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda>> en *Cuadernos de Política Criminal... Op. cit.*, Págs., 307-309. “Con respecto al *derecho a la vivienda*... En cuanto a la configuración constitucional del mismo, como un derecho de los denominados *programáticos o sociales*, implica que el mismo debe ser regulado por el legislador y que, de esta regulación, deriva el alcance de su protección, y por tanto, la posibilidad de su exigencia por parte de la ciudadanía, a diferencia de los denominados *derechos fundamentales*, cuya conculcación puede ser inmediatamente denunciada ante la jurisdicción. Es decir, que no cabe que los ciudadanos desarrollen pretensiones jurídicas inmediatas de vivienda, más allá del desarrollo positivo que, del mismo, haya realizado el legislador. Lo cual no conduce a legitimar cualquier actuación del ejecutivo que no tenga en cuenta que tal derecho debe, entre otros, guiar su actuación. El derecho a la vivienda debe ser uno de los que incidan en la configuración de la legislación que regula el contenido esencial del derecho a la propiedad privada”. OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >> en *Jueces para la Democracia. Información y Debate... Op. cit.*, Pág., 65.

¹⁰⁰⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 958.

¹⁰⁰⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 447. En la misma línea que QUERALT JIMÉNEZ, afirma ZULUETA que: “El art. 47 de la CE garantiza que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” y obliga a todos los poderes públicos a “promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. En el contexto de un estado social, democrático y de derecho, como se autodefine el español en el artículo 1 de la CE, la orden dada a los poderes públicos por el art. 47 entra en relación directa con el principio de igualdad, material, real y efectivo reconocido en el artículo 9.2 de la CE. El principio de igualdad obliga también a los poderes públicos a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. El contenido de los preceptos constitucionales enunciados puede entrar en contradicción con otros del mismo texto legal, como es la proclamación de la propiedad privada (art. 33), que puede dificultar la igualdad efectiva de los individuos y de los grupos sociales. Precisamente por ello, los mandatos de los arts. 9.2 y 47 obligan al legislador a producir una normativa generadora de situaciones de igualdad den el acceso a una vivienda digna y adecuada y que facilite la participación de los ciudadanos en todos los ámbitos de la vida en condiciones de igualdad. Los poderes públicos no solamente no cumplen sus propios mandatos, sino que criminalizan a las conductas que reivindican derechos sociales. Es evidente por tanto el posible conflicto existente en este punto entre derecho y propiedad y derecho de vivienda, pero debemos tener en cuenta que ambos tienen rango

Se trataría a juicio de OLIVAS DÍAZ Y HERRANZ CASTILLO de un supuesto de desobediencia civil¹⁰¹⁰.

“Por desobediencia civil se entienden... todo tipo de actos voluntarios e intencionales realizados pública y abiertamente, que tienen como resultado la violación (al menos aparente) de alguna norma o disposición jurídica, y que se llevan a cabo con el fin de modificar una determinada línea de acción política o de influir, con similar propósito, en la opinión pública. La desobediencia se califica como "civil" en la medida en que sus objetivos son políticos, van más allá de la esfera privada: pretende incidir en la sociedad en general, y captar adhesiones, para poder denunciar abusos o injusticias. De ahí que la publicidad sea uno de sus elementos característicos. También por ello los actos de desobediencia civil son habitualmente colectivos, no individuales, y se realizan por grupos de personas que comparten unas convicciones y que cuentan con ciertas formas de coordinación. En segundo lugar, constituye una apelación para que la mayoría (social, política, parlamentaria...) reconsidere ciertas decisiones o programas de actuación, para que abra un debate público sobre sus objetivos e intenciones. Por estas razones, carece de sentido una desobediencia subrepticia u oculta... Examinaré algunos argumentos que pretenden justificar jurídicamente la ocupación de viviendas deshabitadas (sea o no por jóvenes alternativos "okupas") como forma de desobediencia civil: A) Existe un estado de necesidad como causa de justificación... B) La norma legal cuestionada, por sí o en su interpretación o aplicación, parece contraria a principios o valores constitucionales: su validez es dudosa... C) Existe un derecho constitucional que es ejercido por los ciudadanos que desobedecen civilmente: en este caso, se trata del derecho a una vivienda digna. El art. 20.7º recoge, asimismo, esta causa de justificación: ejercicio legítimo de un derecho. Los medios violentos, coercitivos, no pueden ser considerados legítimos a estos efectos. Pero si la vía de hecho no es violenta ni intimidatoria, lo que sucede es que la conducta es atípica. En todo caso, es decisiva la presencia de un elemento subjetivo, del ánimo y convicción decididos de estar actuando

constitucional y que ninguno de ellos es absoluto (la propiedad debe cumplir una función social)”. ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar...* Op. cit., Págs., 54-55.

¹⁰¹⁰ En relación al movimiento de ocupación como expresión de desobediencia civil, Vid., OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >> en *Jueces para la Democracia. Información y Debate...* Op. cit., Págs., 57-60; HERRANZ CASTILLO, R.: << Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda >> en *Actualidad Jurídica Aranzadi...* Op. cit.

conforme a Derecho, más aún, ejercitando un derecho constitucional. Un factor clave es el "elemento de conciencia" que frecuentemente aparece en este tipo de actos"¹⁰¹¹.

C) Las vías de hecho en la realización del “derecho a la vivienda” no son causa de justificación

Con carácter general se rechaza que la ocupación pacífica de un bien inmueble sea una forma de *ejercicio legítimo de un derecho* (artículo 20.7 del Código Penal). No cabe invocar dicha eximente para justificar, con carácter general, la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos por el hecho de que tal lesión tenga lugar para realizar un derecho reconocido por la ley. Que el Derecho conceda un derecho no significa que permita realizarlo de cualquier modo y a costa de lesionar bienes jurídico-penales: significa sólo que permite realizarlo dentro de los cauces *legítimos*. De ahí que el artículo 20.7º hable de “ejercicio *legítimo* de un derecho”¹⁰¹².

En el presente caso, como hemos visto, el “derecho a la vivienda” aludido en el artículo 47 de la Constitución española, no se trata de un derecho público subjetivo, sino

¹⁰¹¹ HERRANZ CASTILLO, R.: << Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda >> en *Actualidad Jurídica Aranzadi...* Op. cit., Págs., 1-2. GÓMEZ IBARGUREN rechaza el carácter justificante de esta forma de denuncia por no estar expresamente recogido en el ordenamiento jurídico, al decir: “Los “okupas” *strictu sensu* son un movimiento de extrema izquierda que lleva a cabo sus actuaciones como una forma de denuncia de la falta de vivienda para la juventud o la existencia de inmuebles a los que no se les da ningún tipo de uso social o que simplemente se usan con fines especulativos. También en otras ocasiones nos encontramos con que dichos grupos niegan el concepto de propiedad privada que se recoge en el ordenamiento y que es reconocido socialmente de forma mayoritaria. Por lo tanto, dichos sujetos no actúan con la creencia de que estén cometiendo un crimen, sino de acuerdo con sus convicciones. De todas maneras, no es posible considerar a esta circunstancia como una causa de exclusión de la responsabilidad criminal, ya que no es contemplada como tal en el vigente Código Penal de 1995. Como mucho podríamos tenerla en cuenta a la hora de fijar la pena atendiendo a las circunstancias y antecedentes personales del autor o autores (artículo 66 CP)”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* Op. cit., Pág., 21. Este mismo autor se interroga sobre “si cabe preguntarse si los que llevan a cabo actos de ocupación en el marco del movimiento “okupa”, como protesta frente a la falta de vivienda para la juventud, actúan realmente con conocimiento de la ajenidad, o si puede que estén amparados por el artículo 47 de la Constitución, el cual declara el derecho a una vivienda digna. En cuanto a esto, desde el punto de vista estrictamente jurídico, los “okupas” actúan a sabiendas de que el bien pertenece a otra persona, aunque puede que no reconozcan en muchas ocasiones a la propiedad privada por sus propias convicciones ideológicas. Estas ideas son irrelevantes en lo que atañe a la apreciación del dolo ya que nadie en nuestra sociedad desconoce lo que significa la propiedad o la posesión de un bien. En cuanto al artículo 47, podemos decir prácticamente lo mismo, con la única salvedad de que este precepto constitucional puede servir para apreciar o no cuándo se produce un ataque especialmente grave a la posesión y para la moderación de la responsabilidad penal”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* Op. cit., Pág., 4.

¹⁰¹² MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 496.

de un “principio rector” que no otorga por sí solo facultades ejercitables al individuo. Se trata sencillamente de una norma dirigida al poder público, sin dimensión subjetiva autónoma; de ahí que MARTÍ MARTÍ afirme que “el precepto constitucional mencionado no otorga a los ciudadanos un inmediato derecho a ocupar las viviendas o edificios de terceros que estimen se encuentran desocupados, sino que constituye un principio programático dirigido a los poderes públicos para que arbitren las medidas legales oportunas que faciliten el ejercicio de tal derecho”¹⁰¹³.

GONZÁLEZ RUS reconoce que “mientras no se declare la inconstitucionalidad del artículo 245.2 CP no es posible invocar el derecho a la vivienda como causa de justificación”, pues, como afirma QUINTERO OLIVARES “al igual que sucede con los restantes derechos *sociales-constitucionales* no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos”; y ello aunque “el autor crea que, por carecer de vivienda, está legitimado para ocupar la que se encuentre vacía... [Y esa] falsa creencia en la legitimidad de la ocupación... [pueda] inspirarse en una particular interpretación del derecho social a la vivienda digna, reconocido por la Constitución (art. 47 CE)”¹⁰¹⁴.

¹⁰¹³ MARTÍ MARTÍ, J.: << Desahucio por precario contra el movimiento “ocupa” >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Pág., 9. En la vía civil también se rechaza que el derecho a la vivienda otorgue a los ciudadanos un inmediato derecho a ocupar las viviendas o edificios de terceros que estimen se encuentran desocupados: “Una línea de defensa es, como se ha dicho, la autorización verbal del anterior dueño, lo que no puede ser probado en el proceso y que no tiene posibilidades de prosperar. Otra, es la ocupación del inmueble con base en el derecho constitucional de acceso a la vivienda reconocido en el art. 47 CE. Es el supuesto enjuiciado en apelación por la Audiencia Provincial de Palencia, en la sentencia de 19 de diciembre de 1995, en el Rollo 473/1995, demanda por precario contra “okupas” (esta Audiencia Provincial utiliza la denominación con “k”). Los demandados alegaron que no ocupaban el edificio propiedad de “Renfe” como precaristas, ya que lo ocupaban con el título que les proporciona el art. 47 CE que reconoce el derecho que todos los españoles tienen a disfrutar una vivienda digna y adecuada. Alegación que, por imposible, es desestimada en instancia y apelación porque es claro que: “el precepto constitucional mencionado no otorga a los ciudadanos un inmediato derecho a ocupar las viviendas o edificios de terceros que estimen se encuentran desocupados, sino que constituye un principio programático dirigido a los poderes públicos para que arbitren las medidas legales oportunas que faciliten el ejercicio de tal derecho”. En la sentencia de la Sección 13ª, de la AP de Barcelona, ésta se refiere a que ese derecho en absoluto impone el deber de proporcionar directa y físicamente la vivienda o la dependencia para realizar tal función, máxime cuando no parece nítido el “real contenido” de ese derecho que el art. 47 CE afirma. Finalmente, la coincidencia en el planteamiento procesal del colectivo “ocupa” no acaba en la sentencia de primera instancia, sino que coinciden en la interposición de recurso de apelación contra la sentencia que declara haber lugar al desahucio”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Proceso de desahucio frente a los colectivos “okupas” >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Pág., 7.

¹⁰¹⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 477; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 74; QUINTERO OLIVARES, G.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)...

Por su parte, SERRANO PIEDECASAS, reproduciendo lo expuesto por QUINTERO OLIVARES y apoyándose en la Jurisprudencia *menor*, dice que “resulta errónea la concepción según la cual justifica el ejercicio del llamado "derecho social a una vivienda digna" reconocido por la Constitución en el art. 47. Como afirma GONZALO QUINTERO "al igual que sucede con los restantes derechos sociales-constitucionales no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos". Doctrina permanentemente invocada por la jurisprudencia: "Tampoco es posible en virtud del derecho social a la vivienda digna, admitir la facultad subjetiva para ejercitar los derechos sociales-constitucionales" (SAP Valencia 12.2.2002)”¹⁰¹⁵.

Op. cit., Pág., 660. “No puede tampoco desconocerse que la usurpación no violenta, ni intimidatoria, ha sido introducida en el texto de un Código Penal de nuevo cuño perfectamente adaptado a las exigencias jurídico penales de un Estado social y democrático de Derecho hasta el punto de que sus redactores han venido a denominarlo Código Penal de la Democracia por lo que cabe presumir... que responde a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 de nuestra norma fundamental”. MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 958. *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670).

¹⁰¹⁵ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs. 421-422. *Vid.*, Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 23-4-2010, nº 313/2010, rec. 161/2010, Pte: Mora Sánchez, Juan Miguel (EDJ 2010/249119); Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653). “En el tema que nos ocupa, donde se encuentra comprometida una necesidad primaria de la población, como es la de contar con un sitio donde vivir, y si a ello le sumamos el reconocimiento constitucional previsto en el artículo 47 CE acerca de que "todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación", entiendo que el primer ámbito y el más adecuado para resolver este conflicto de escasez de viviendas y alto costo de las mismas, que impide a algunos sectores de la población acceder a ellas, ya sea en propiedad o en arrendamiento, es el de las políticas sociales que deberán ser promovidas por los poderes públicos. Esto no significa entender que la insuficiencia de políticas sociales debe ser soportada por el sector de la población que tiene propiedades. Tampoco resultaría legítimo hacerlo, pues el derecho a la propiedad también tiene reconocimiento constitucional en el artículo 33 CE”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 21. “Con la criminalización el legislador pretendía poner freno a conductas de ocupación de inmuebles por parte de personas integrantes del llamado "movimiento okupa" que, a través de la ocupación pacífica de inmuebles vacíos o abandonados, pretendían llamar la atención sobre la escasa aplicación, en la práctica, de la función social de la propiedad establecida por la Constitución en el art. 32 [debe decir 33], cuando ésta se constituye sobre bienes inmuebles, erigiéndose así en un obstáculo para la plena efectividad del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada”. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francís Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 991. “La inclusión en el Código penal de esta conducta como delictiva proviene de la voluntad del legislador de dar respuesta jurídico-penal al fenómeno sociológico de los denominados "okupas", y para dar mayor protección a los propietarios de las viviendas desocupadas que tienen que hacer frente a este tipo de situaciones”. MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 958.

En ocasiones se invoca por las defensas de los acusados el precepto constitucional que reconoce el “derecho a una vivienda digna” para justificar la ocupación pacífica; si bien no se fundamentan, generalmente, tales alegaciones en la eximente del artículo 20.7 del Código Penal sino en el estado de necesidad o simplemente en una vulneración de los artículos 33 y 47 de la Constitución española. La Jurisprudencia *menor* considera que “es cierto que todos los españoles tiene derecho a una vivienda digna como proclama el art. 47 de la CE, pero en ningún caso puede estimarse que ese derecho otorgue el de privar a un tercero de la posesión de su inmueble y eventualmente de la propiedad si se mantiene en el mismo suficiente tiempo ocupándolo, pues según el texto constitucional sólo puede expropiarse por la Administración y a través del procedimiento establecido legalmente al efecto (art. 33.3 CE y STC 26-3-1987)”, por lo que “carece de apoyo constitucional la pretensión de los recurrentes”¹⁰¹⁶, tratándose de “argumentos, más sociológicos que jurídicos”¹⁰¹⁷ y, “sin

¹⁰¹⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 15-4-2002, nº 172/2002, rec. 124/2002, Pte: Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel (EDJ 2002/34503); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 22-1-2002, nº 24/2002, rec. 411/2001, Pte: Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel (EDJ 2002/8667). Otros argumentos similares los encontramos en la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2006, nº 465/2006, rec. 266/2006, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2006/399542): “En todo caso, no parece que en la sentencia recurrida se haya extraído la consecuencia jurídica propia de que, en su caso, la conducta del acusado hubiera estado justificada por el ejercicio del derecho a la vivienda, pues en la sentencia recurrida no se hace expresión alguna de que en el hecho enjuiciado concurriera la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, prevista en el art. 20.7º del Código Penal. Por todo ello, *que en la Constitución se reconozca a todo ciudadano el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47) no es causa o fundamento para justificar en el hecho enjuiciado la conducta del acusado*”. Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348): “El derecho a la vivienda no se erige en nuestra Constitución como un derecho fundamental, justamente porque su efectividad incide en aspectos socioeconómicos que al tiempo giran en torno a un concepto liberal de la propiedad. Es por ello que la delimitación de su contenido, a fin de cumplir justamente su función social de lograr el acceso de todo ciudadano a una vivienda digna, debe ser fijado por las Leyes, sin que nadie pueda verse privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes. En suma, en un Estado Social y Democrático de Derecho, será el legislador quién deba fijar las condiciones de acceso a la propiedad, para que ésta cumpla su función, así como la protección que se le deba dispensar. Dicho esto, la protección de la propiedad inmobiliaria, al margen del allanamiento de morada que aunque colateralmente la tutele en realidad ampara un interés distinto, viene dada por el delito de usurpación del art. 245 del CP. Ha sido el legislador, dentro de las facultades que constitucionalmente le corresponden, el que ha decidido penalizar la ocupación sin violencia o intimidación, precisamente para frenar el fenómeno de los ocupas”. Aunque aluden al artículo 47 CE en sus fundamentos jurídicos, mantienen un pronunciamiento condenatorio: Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 3-12-2010, nº 343/2010, rec. 152/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/402594); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 15-12-2010, nº 1086/2010, rec. 730/2010, Pte: Arévalo Lassa, José Ignacio (EDJ 2010/356780); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2011/395951); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-

que pueda la conducta delictiva enjuiciada ampararse o escudarse... en los invocados por la parte arts. 33 y 47 CE. Porque es evidente que el derecho a la vivienda digna es un derecho constitucional de naturaleza social, como también lo es el derecho a la propiedad privada, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas. Por lo que *no es justificable la conducta de ocupación, aun pacífica, de inmuebles desocupados bajo invocación del ejercicio del llamado "derecho social a una vivienda digna" reconocido en el art. 47 de la Constitución, pues al igual que sucede con los restantes derechos sociales-constitucionales no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos*¹⁰¹⁸.

2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 5-12-2014, nº 522/2014, rec. 1172/2014, Pte: Herrero Pérez, María del Carmen (EDJ 2014/244882); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 26-1-2015, nº 55/2015, rec. 477/2013, Pte: García Quesada, María Teresa (EDJ 2015/22101); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 14-5-2015, nº 213/2015, rec. 154/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2015/98373); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 29-5-2015, nº 229/2015, rec. 1652/2014, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2015/147231).

¹⁰¹⁷ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 31-5-2005, nº 262/2005, rec. 195/2005, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 2005/193759).

¹⁰¹⁸ Vid., Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 23-4-2010, nº 313/2010, rec. 161/2010, Pte: Mora Sánchez, Juan Miguel (EDJ 2010/249119); Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653). Además, Vid., Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 9-5-2014, nº 221/2014, rec. 503/2014, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2014/110053): “Estas conductas son típicas a la luz de su artículo 245.2, no siendo factible argüir una posible inconstitucionalidad del precepto contraponiendo los artículos 33 y 47 de la Constitución Española y la función social que nuestra legislación atribuye a la propiedad. De esta forma el legislador ha creído pertinente dar una protección adicional en el ámbito penal a los derechos inherentes al dominio (y, por ende, a la posesión como uno de ellos) sobre los bienes inmuebles por razones de política criminal. Y es que el derecho a la vivienda digna se constituye en un principio rector de la vida social y económica y no en un derecho propiamente dicho cuya tutela pueda pedirse directamente ante los Tribunales como establece el artículo 53.3 de la Constitución. Significativa al respecto resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de abril de 2010, que en resumidas cuentas viene a decir que no puede escudarse la conducta delictiva enjuiciada en los artículos 33 y 47 de la Constitución Española invocados por la parte, porque si es evidente que el derecho a la vivienda digna es un derecho constitucional de naturaleza social, también lo es el derecho a la propiedad privada, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas. Por lo que no es justificable la conducta de ocupación, aun pacífica, de inmuebles desocupados bajo invocación del ejercicio del llamado "derecho social a una vivienda digna" reconocido en el artículo 47 de la Constitución. En el ámbito de la jurisdicción penal debe huirse de posibilismos y, más aún, de posicionamientos ideológicos”. Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1ª, S 9-10-2000, nº 76/2000, rec. 183/2000, Pte: Villamor Montoro, Pedro Roque (EDJ 2000/49025): “Se trata de conductas que en modo alguno pueden verse justificadas so pretexto de la necesidad de vivienda que sufren los acusados, pues se reconoce también el derecho a la propiedad privada, cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas. Aquí esa invasión de la propiedad privada se ha hecho sin cobertura legal, aun cuando no pueda considerarse que se trataba por aquéllos de apropiarse con carácter definitivo del local en cuestión”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 6-9-2001, nº 458/2001, rec. 4362/2001, Pte: Carmona Ruano, Miguel (EDJ 2001/54826): “Tampoco puede acogerse la alegación relativa a estado de necesidad, relacionada con el derecho a la vivienda reconocido en el art. 47 de la Constitución. Habría que decirse respecto a ello, de modo inicial, que tan digno de respeto y protección

Asimismo, la Jurisprudencia *menor* rechaza que el derecho a la vivienda se trate de un derecho absoluto que se pueda cumplir a costa de la vivienda y la propiedad de los demás; correspondiendo a los poderes públicos, por los cauces legales, la realización

jurídica sería el derecho a la vivienda de la acusada como el de los trabajadores temporeros a los que se destinaba y cuyo alojamiento constituye un conocido problema social en muchas campañas agrícolas. Pero es que, además, como señala la S.A.P. León, Sec. 2ª de 26/10/1998, en párrafo transcrito también por la citada S de la Sec 1ª de la AP de Córdoba de 9/ 10/2000, es esencial para que pueda apreciarse el estado de necesidad "la inevitabilidad de un mal, es decir, que no se tenga otro medio de salvaguardar el peligro o mal que le amenaza, que infringiendo un perjuicio o daño a un bien jurídico ajeno, viéndose compelido a ello por agotarse todas las posibilidades de dar solución al mal, daño o perjuicio grave en que se encuentra, o está próximo o inmediato a padecer". En el caso de autos, al igual que ocurría en los casos anteriores que se enjuiciaron en las sentencias que se citan, la acusada tenía otras alternativas de alojamiento distintas de la ocupación de la vivienda contra la voluntad del titular, ya que, tal como se reconoce en el recurso, incluso se le llegó a ofrecer por la propia empresa otra vivienda, situada dentro de la finca, distante aproximadamente un kilómetro. Por ello, como señalan las sentencias citadas, lo que no puede ampararse bajo la alegación de estado de necesidad es que una persona elija el inmueble que más le interese para satisfacerlo ignorando los derechos de los demás cuando tenía otras alternativas reales que no quebrantaban la posesión legítima de terceros. Y no puede compartirse la alegación de imposibilidad de habitar la otra vivienda porque diste un kilómetro de la población y tampoco se ha acreditado un supuesto mal estado de esta vivienda alternativa, que no sólo no tiene apoyo en prueba imparcial alguna sino que está expresamente contradicho por otros testigos". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 27-12-2001, nº 910/2001, rec. 259/2001, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2001/77665): "En el presente caso, ni ha quedado suficientemente constatada esta inminencia de un mal grave, pues la acusada reconoce que tiene una serie de ingresos económicos mensuales, ni que exista por lo tanto un verdadero y real conflicto de intereses en juego. Todas estas consideraciones llevan también a la conclusión de que no ha existido una violación o quebrantamiento del artículo 47 de la Constitución Española y, en definitiva hacen que se deba desestimar el recurso de apelación interpuesto con confirmación de la resolución recurrida". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 9-12-2004, nº 555/2004, rec. 411/2004, Pte: Romera Vaquero, María Consuelo (EDJ 2004/275957): "De otra parte, tampoco puede considerarse que la condena de los acusados como autores de un delito del artículo 245.2 del Código Penal infrinja precepto o norma alguna ni concretamente, el artículo 47 de la Constitución, habiendo de reiterarse también al respecto los razonamientos que viene reiterando esta Sección en supuestos como el presente (por todas sent. de 30 de abril de 1999) en el sentido de que los derechos que reconoce el precepto indicado, en relación con el artículo 9.2 también de nuestra Carta Magna "no impiden la tipificación penal de conductas como la enjuiciada de ocupación de inmuebles, pues, junto con el reconocimiento de los derechos a la igualdad y al disfrute de una vivienda digna y adecuada (imponiendo incluso a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este último derecho), también se reconoce el derecho a la propiedad privada, cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos sino por las causas legalmente establecidas", señalando el auto anteriormente citado de 7 de marzo de 2002 que "la obligación que recae sobre los poderes públicos de promover la efectividad de estos derechos hace referencia a intereses de la colectividad, no de un concreto ciudadano por muy necesitado que esté. De este modo, el ciudadano afectado, precisamente para hacer efectivo el constitucional principio de igualdad, debe pasar por el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, el de su solicitud y el establecimiento de criterios de preferencias que aseguren la mayor objetividad posible que desde luego, no se consigue con conductas del tipo de las aquí tratadas"". Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 12-2-2002, nº 70/2002, rec. 75/2002, Pte: Vera Llorens, José Luis (EDJ 2002/18907): "Tampoco es posible en virtud del derecho social a vivienda digna, admitir la facultad subjetiva para ejercitar los derechos sociales-constitucionales".

del mismo, y en la medida en que las circunstancias sociales y económicas del país así lo permitan mediante las ayudas necesarias a los más necesitados¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁹ Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 17-9-2009, nº 458/2009, rec. 148/2009, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2009/353624): “Sostienen los recurrentes que es de aplicación, el estado de necesidad, debido a que se trata de dos personas de escasos recursos y tiene un hijo pequeño, no poseyendo una vivienda donde residir, encontrándose la vivienda ocupada abandonada cuando entraron en la misma a vivir. No procede la estimación del recurso interpuesto pues no es de aplicación ni la eximente completa o incompleta de estado de necesidad ya que *los recurrentes parten de la idea de que el derecho a la vivienda es un derecho absoluto que se puede cumplir a costa de la vivienda y la propiedad de los demás, siendo en este caso la titular la Junta de Andalucía. No corresponde a los particulares ejecutar el mandato constitucional de que todos tienen derecho a una vivienda digna, sino a los poderes públicos y para ello existen los cauces legales*. No puede ser obligado ningún propietario de vivienda ya sea persona particular o pública a dejar que la vivienda le sea ocupada por terceras personas en contra de su voluntad y con el uso de la fuerza necesaria para instalarse en ella. La ausencia de deber de sacrificio no es del ocupante, sino del titular de la vivienda, que no tiene por qué perder su derecho de posesión añadido a la propiedad de la que es titular por la ocupación arbitraria y aleatoria de un tercero, que puede acudir a las vías adecuadas para solicitar una vivienda de las administraciones públicas en las mejores condiciones posibles”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 28-5-2004, nº 234/2004, rec. 168/2004, Pte: Alhambra Pérez, María Catalina Pilar (EDJ 2004/279605): “En cuanto a los bienes jurídicos en conflicto, hemos de decir que uno es el derecho de propiedad de la EMV y su sistema de adjudicación ya que han manifestado los inspectores que ya tenían adjudicada dicha vivienda a otras personas. Por tanto, es el derecho de propiedad que tiene un ente público sobre los bienes de los cuales es titular y su sistema de adjudicación a personas titulares de esos derechos. Frente a este bien jurídico, nos encontramos con otro bien jurídico que no se puede plasmar de forma concreta y que no podemos reducirlo al derecho a la vivienda contenido en la Constitución, puesto que es un *derecho social que no obliga a los poderes públicos sino en la medida en que las circunstancias sociales y económicas del país así lo permitan y que se ha de concretar en las ayudas necesarias a los más necesitados para que tengan unas condiciones mínimas de vida*”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 3-9-1998, nº 87/1998, rec. 87/1998, Pte: Jover Carrión, María (EDJ 1998/21534): “Además, la sentencia ha aplicado correctamente la eximente incompleta de estado de necesidad, atendiendo al conjunto de circunstancias negativas que concurren en los acusados, razón por la que no podría sustentarse dicha causa de justificación contemplada como el equilibrio entre bienes en conflicto, es decir, entre la ocupación de inmuebles abandonados (derecho a la propiedad) y derechos fundamentales como la vida y la integridad constitucionalmente protegidos, que se verían implicados de carecer de un lugar donde cobijarse los acusados y sus familias, pues *el mandato constitucional encaminado a la obtención de una vivienda va dirigido a los organismos encargados de buscar soluciones para este problema social, pero no puede ser sustentado como eximente completa en este delito dirigido a preservar los derechos del propietario y del poseedor del inmueble*”.

CAPÍTULO VI.- CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCULPACIÓN

SUMARIO: CULPABILIDAD Y CAUSAS DE EXCULPACIÓN 1.- Culpabilidad 2.- Error de prohibición 2.1.- Concepto 2.2.- Clases 2.2.1.- ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO 2.2.2.- EL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO 2.2.3.- VENCIBILIDAD O INVENCIBILIDAD DEL ERROR

1.- Culpabilidad

El tercer elemento que ha de darse, para que pueda existir delito, además de tipicidad y antijuridicidad es el de *culpabilidad*¹⁰²⁰.

No hay culpabilidad sin antijuridicidad, aunque sí puede haber antijuridicidad sin culpabilidad. Y ello, sin olvidar que el punto de partida es siempre la tipicidad, pues sólo la conducta típica, la descrita en el tipo legal, puede servir de base a posteriores valoraciones¹⁰²¹.

La antijuridicidad de un comportamiento conlleva la infracción de una norma de determinación, una prohibición o un mandato, y supone, por tanto, una contradicción objetiva entre la conducta realizada por el sujeto y el ordenamiento jurídico. Dicho de

¹⁰²⁰ “La culpabilidad es el último gran elemento o requisito del delito como presupuesto de la pena, pues suponiendo que la llamada punibilidad sea también, al menos en algunos casos, un elemento o requisito del delito y no un presupuesto de la pena distinto del delito, en todo caso es un elemento marginal (el de las condiciones objetivas de punibilidad), que sólo afecta a unos pocos y contados casos. Por el contrario, el requisito de culpabilidad es una exigencia general de todo hecho punible, adicional a las exigencias de acción, tipicidad y antijuridicidad. Implica en todo caso que, además de una infracción objetiva-general de las normas prohibitivas y de valoración, para ser delito la conducta ha de suponer además capacidad de responsabilidad individual, de atribuibilidad individual, subjetiva, de la conducta desvalorada y prohibida con carácter general. Esta exigencia de capacidad de responsabilidad individual en la comisión del hecho es una peculiaridad del Derecho penal, que no rige, o no rige estrictamente, en otras ramas del Derecho”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 487.

¹⁰²¹ “La teoría del delito se apoya sobre estos dos pilares básicos: a) un hecho prohibido (antijuridicidad) y b) su atribuibilidad a su autor (lo que acostumbra a denominarse "culpabilidad")... No existe una culpabilidad en sí, sino sólo una culpabilidad por el hecho antijurídico... La imputación personal que interesa al Derecho penal no supone una "culpabilidad moral", sino una imputación jurídica”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 539-540.

otro modo, la conducta será antijurídica si es contraria a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico¹⁰²².

La culpabilidad examina, por su parte, si le puede ser reprochada al sujeto la infracción de esa norma de determinación. Esto es, no se conforma con aquella relación de discordancia objetiva entre conducta y ordenamiento jurídico, sino que añade a ese elemento un juicio de reproche llevado a cabo por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, una conducta será culpable si le puede ser reprochado al sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, haber obrado en contra de las exigencias del ordenamiento jurídico. Y tal reproche sólo es posible si esa persona, en esa situación concreta, podía haberse abstenido de realizar tal conducta¹⁰²³.

¹⁰²² Vid., ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal... Op. cit.*, Págs., 200-203; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Tomo I (Parte General). Volumen primero... Op. cit.*, Págs., 362-365.

¹⁰²³ Vid., VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo segundo*. Traducido de la 20ª edición alemana por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionado con el Derecho penal español por QUINTILIANO SALDAÑA. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1927. Págs., 375-383. “La doctrina coincide en entender que el hecho antijurídico ha de poder ser *imputado* a su autor... Desde von Liszt, la doctrina absolutamente dominante acogió el término “culpabilidad” para exigir la posibilidad de imputación del injusto a su autor. Pero ya hace tiempo que se van alzando voces en contra de la conveniencia de éste término... La expresión *imputación personal* tiene la ventaja de que deja más claro que en esta... parte de la teoría del delito se trata sólo de *atribuir* (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor: no castiga una “culpabilidad” del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor... La historia del concepto de culpabilidad volverá a reproducir el debate sobre si el dolo o la culpa pertenecen al injusto o a la culpabilidad... Desde que von Liszt iniciara hace un siglo la moderna teoría del delito, basándola en la distinción fundamental de antijuridicidad y culpabilidad, se han producido distintas concepciones de la culpabilidad que corresponden a las diversas fases de evolución de la teoría del delito”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 534-535. Tales concepciones de la culpabilidad son la psicológica, la normativa y la “puramente normativa” del finalismo. “La teoría psicológica es propia de la primera fase de la teoría del delito (causalismo)”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 1.- Estructura y fundamento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 212. “La concepción psicológica de la culpabilidad considera ésta como la relación psicológica existente entre el autor y el hecho. Las formas en las que puede darse este lazo psicológico son el dolo y la culpa que, por lo tanto se examinan como dos especies o formas de culpabilidad. Para esta concepción a la culpabilidad sólo le pertenece aquello que exprese o se refiera a la indicada relación, esto es, únicamente el dolo o la culpa. Todo lo demás queda fuera de la culpabilidad. Por ello, la imputabilidad es considerada como algo previo a la culpabilidad; también quedan fuera de la culpabilidad tanto las causas que excluyen la imputabilidad como las que excluyen la culpabilidad. La razón se encuentra en que tales cuestiones no se refieren a la indicada relación psicológica entre el autor y su hecho. En definitiva, la culpabilidad se concreta únicamente en el contenido de sus dos especies, el dolo y la culpa... En definitiva, cabe decir que la concepción psicológica consideró en la culpabilidad, como especies distintas, el dolo y la culpa; siendo la imputabilidad, en términos generales, considerada como un presupuesto de la culpabilidad”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: << Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VIII/2005. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Año 2005. Págs., 4-8. “La teoría normativa clásica. Esta teoría se mantiene todavía hoy vigente en una parte de la doctrina y fue desarrollada en la segunda fase de la evolución de la teoría del delito (noocausalismo)”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 1.- Estructura y fundamento >> en *Memento Práctico. Francis*

*Lefebvre. Penal 2011. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 213. “La concepción normativa considera que la culpabilidad está integrada por los siguientes elementos: la imputabilidad, el dolo, la culpa, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma y las causas (o su ausencia) de exclusión de la culpabilidad. No obstante debe indicarse que dentro de los partidarios de la concepción normativa no todos los autores defienden la imputabilidad como un elemento de la culpabilidad (así lo hacen Frank, Mezger, etc.), pues, al tiempo, otros defienden que se trata de un presupuesto (así, por ejemplo, Goldschmidt, aunque considera la cuestión puramente terminológica, y Jiménez de Asúa)... La discusión sobre si la imputabilidad es un elemento o un presupuesto de la culpabilidad tiene como proyección la cuestión de las acciones realizadas por los inimputables, esto es, si tales acciones son o no culpables; dicho de otra manera, si en las acciones de un inimputable lo que se excluye es la culpabilidad... Así pues, la culpabilidad es un juicio de reproche que se hace al autor del hecho por no haberse comportado con arreglo a la norma (norma de deber), cuando era exigible que se hubiera motivado por ella; dicho de otra forma, cuando dadas las circunstancias debió motivarse por la norma y obrar de forma distinta. Este planteamiento implica que en la culpabilidad se realiza un juicio respecto de las razones y circunstancias, etc. y para ello se compara la conducta realizada en las circunstancias concretas con lo que imponía la norma de deber en dichas circunstancias. Se trata, pues, de un juicio de reproche sobre la motivación... Para la [concepción] psicológica, la culpabilidad es la relación psicológica entre el autor y el hecho y se conforma por el dolo y la culpa. No hay nada más; por ello, la imputabilidad y las circunstancias agravantes y atenuantes están fuera de la culpabilidad. Como en ella sólo están el dolo y la culpa, no es posible elaborar una teoría general sobre la culpabilidad. Por el contrario, la concepción normativa que elabora la culpabilidad como juicio de reproche en razón a la motivación en la que se tiene en cuenta las circunstancias de la persona y de la situación en la que acaece el hecho, permite la elaboración de una teoría general de la culpabilidad; además, evidentemente la imputabilidad no es algo previo y externo a la culpabilidad, sino que forma parte de ella. Lo mismo cabe decir respecto a las denominadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (agravantes y atenuantes), su fundamento es la mayor o menor culpabilidad y, desde luego, pertenecen a esta categoría”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: << Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático >> en *Cuadernos de Derecho Judicial...* Op. cit., Págs., 8-9. “Teoría normativa surgida del finalismo. Esta teoría mantiene la concepción básica de la culpabilidad normativa como juicio de reproche, pero excluye de su contenido al dolo natural (dolo del hecho, que no comprende el conocimiento de la antijuridicidad) y la infracción del deber objetivo de cuidado (elemento central hasta entonces de la imprudencia ubicado en la culpabilidad)”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 1.- Estructura y fundamento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 213. “El finalismo llevó el normativismo más adelante (de ahí que se la denomine concepción puramente normativa de la culpabilidad), pues, al trasladar el dolo y la culpa al tipo, estas categorías de orden psicológico fueron extraídas de la culpabilidad, quedando, por consiguiente, integrada la culpabilidad por la imputabilidad (como un elemento, no como un presupuesto), la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad. El juicio de reproche en que consiste la culpabilidad se concreta en no haber obrado conforme a la norma, cuando le era exigible que obrara de acuerdo a la misma. Así pues, la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad). La culpabilidad se transforma en un juicio de reproche de cuyo resultado se afirmará si la persona es o no culpable. En la culpabilidad se reprocha al autor la formación de su voluntad antijurídica cuando podía haberse motivado por la norma. La teoría finalista vincula la reprochabilidad a la “evitabilidad”, al “poder evitarlo”, en otras palabras en poder hacer algo distinto de lo que hizo; en poder evitar la formación de la voluntad antijurídica. Por ello, en el juicio de culpabilidad se reprocha al autor no haber obrado conforme a Derecho, a pesar de haber podido actuar de acuerdo a la norma. La persona pudo obrar correctamente en vez de realizar el hecho antijurídico que hizo. De manera que la culpabilidad como juicio sobre la persona del autor (y no sobre el hecho), es un juicio de reproche que se verifica sobre el autor del acto por haberlo llevado a cabo cuando podía no haberlo realizado. Sólo es posible reprochar a una persona la realización de un acto cuando, en sus circunstancias concretas, podía haber actuado en forma distinta a como obró. Por ello, sólo cabe hablar de culpabilidad cuando al autor se le puede reprochar el hecho y la reprochabilidad se fundamenta en la “evitabilidad”. Así pues, en la culpabilidad se examina si la persona pudo obrar de forma distinta a como obró. Vista la cuestión desde este ángulo, resulta evidente que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, pues, sólo el imputable puede obrar de otra manera. Una vez admitida la concepción normativa de la culpabilidad, afirmar que la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad no ha sido excesivamente discutido, el problema se planteó en relación a la determinación de cual sea el contenido que debe reconocerse a la culpabilidad. Dado que el reproche de la culpabilidad implica que el autor se habría podido motivar por la norma, en el sentido de que la persona en concreto (esto es, no examinando la cuestión desde un punto de**

En suma, la antijuridicidad es un juicio desvalorativo relativo a que la conducta no es como debía haber sido de acuerdo al Derecho, juicio que se hace sin tener en cuenta si el sujeto habría podido satisfacer las exigencias jurídicas. La culpabilidad constituye un juicio desvalorativo ulterior, mediante el cual se reprocha al sujeto no haber actuado correctamente pese a haber podido obrar conforme a la norma¹⁰²⁴.

En el marco de esta estructura valorativa, la culpabilidad puede definirse como la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, lo que conlleva que la culpabilidad presupone la antijuridicidad, no existiendo aquélla sin ésta; y en palabras de OCTAVIO DE TOLEDO Y HUERTA TOCILDO, “la culpabilidad (mejor, atribuibilidad) es

vista abstracto) en la situación en concreto, hubiera podido formar su voluntad conforme a la norma, Welzel consideró como elementos de la culpabilidad los siguientes: a) La imputabilidad, esto es, la capacidad para motivarse por la norma; en otras palabras, la capacidad de culpabilidad; b) La posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho; c) La exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho... Al prescindir la doctrina finalista de todo componente psicológico y normativizar completamente el concepto de culpabilidad, condujo a este concepto a que en realidad constituya un juicio sobre la motivación del autor... El finalismo trasladó el dolo y la culpa a la acción, pero, el conocimiento de la antijuridicidad, que para la doctrina clásica y neoclásica formaba parte del dolo, permaneció en la culpabilidad. La razón de ello fue, por una parte, una redefinición del dolo como dolo del tipo, y, por otra parte, al considerarse la culpabilidad como el juicio de reproche por obrar contra derecho habiendo podido actuar conforme a derecho; por ello el conocimiento de la antijuridicidad para el finalismo, es un conocimiento potencial, lo que significa que es indiferente si efectivamente la persona en concreto conoció o no la antijuridicidad de la acción (que sería el llamado conocimiento actual de la antijuridicidad), pues, a los efectos del juicio de reproche lo único que interesa es si pudo o no conocer la antijuridicidad. En otras palabras, como lo que se reprocha en la culpabilidad, conforme a la doctrina finalista, es obrar contra derecho pudiendo obrar en forma distinta (esto es, conforme a derecho), es evidente que para ello basta con el conocimiento potencial de la antijuridicidad de la acción. Esta concepción tiene repercusiones en la teoría del error”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: << Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*... *Op. cit.*, Págs., 10-11.

¹⁰²⁴ “Un determinado sector doctrinal penal, apoyado por cierta corriente forense, opina que estamos en condiciones de verificar, y eventualmente afirmar, si el sujeto pudo actuar de un modo distinto a como lo hizo. Dando por supuesto el libre albedrío, bien consideran que cabe demostrar empíricamente, de un modo parcial aunque suficiente, que una persona concreta en una situación concreta pudo actuar de otro modo, bien sostienen que cabe referir a la persona en concreto enjuiciada las conclusiones obtenidas de una persona media de nuestra sociedad colocada en circunstancias equivalentes. En ambos casos, la arraigada creencia social de que el ser humano goza de libertad de actuación en circunstancias normales sustituye en alguna medida a comprobaciones científicas o demostraciones filosóficas más contundentes sobre la existencia del libre albedrío. Otros enfoques doctrinales parten de la inexistencia del libre albedrío o, al menos, de su imposible demostración empírica en el caso concreto. En consecuencia, intentan dotar al concepto de culpabilidad de un punto de referencia distinto a la capacidad de actuar de otro modo. Con diferentes formulaciones lo encuentran en la capacidad del sujeto para ser motivado por las normas jurídicas, motivabilidad cuya determinación está fuertemente influida por determinadas exigencias normativas: Algunos atienden para su delimitación a las necesidades derivadas de la prevención de delitos, mientras que otros la entienden como una referencia a la normalidad personal y situacional del sujeto, que salvaguarda a éste de su instrumentación por eventuales necesidades preventivas”. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: << Aspectos generales de la imputabilidad >> en *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ. 110/2006. Actual doctrina de la imputabilidad penal. Año 2006. Págs., 4-5.

aquel momento o elemento de la explicación jurídica del delito en el que se estudia si es factible atribuir el hecho típico y antijurídico a quien lo ha realizado en función de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad que tenga, de la motivabilidad respecto a la conminación legal que posea y de la exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho que, a la vista de los factores concurrentes, pueda establecerse en relación con él”¹⁰²⁵.

De la definición expuesta se infieren que son tres los elementos que integran la culpabilidad:

- *La imputabilidad*, esto es, la capacidad de ser culpable y, por tanto, implica la capacidad para motivarse por la norma. En otras palabras, aquí se examina la capacidad de la persona para comprender la ilicitud y de comportarse conforme a ella¹⁰²⁶.
- *El conocimiento de la antijuridicidad del hecho realizado*, que también se denomina conocimiento de la ilicitud. O, incluso, más que el conocimiento, la posibilidad de conocer. Como se trata del conocimiento (o de la posibilidad de conocimiento) de la antijuridicidad, es aquí donde residen los problemas del error de prohibición. Así como en la imputabilidad se examina la capacidad general para comprender la antijuridicidad, aquí (en el conocimiento de la antijuridicidad) se analiza si la persona en concreto, en las circunstancias en que se desarrolló el hecho podía conocer la antijuridicidad o, si por el contrario, en dichas circunstancias no pudo conocerla¹⁰²⁷.
- *La exigibilidad*, es decir, la posibilidad que en las circunstancias concretas tuvo la persona para motivarse por la norma y obrar conforme

¹⁰²⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Pág., 281.

¹⁰²⁶ Vid., VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo segundo...* Op. cit., Págs., 384-389.

¹⁰²⁷ Vid., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 305-312; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 381-382.

a derecho. Así pues, se centra en determinar si por ello le era exigible otra conducta, es decir, le era exigible que obrara conforme a derecho¹⁰²⁸.

En la Ciencia del Derecho Penal se distinguen las causas de inculpabilidad en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido amplio comprenden las causas de inimputabilidad, es decir de exclusión de la capacidad de culpabilidad y las causas de inculpabilidad en sentido estricto.

Las causas de inimputabilidad en el Código Penal español son la minoría de edad (art. 19), la anomalía o alteración psíquica (n.º 1.º del art. 20), la intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia (n.º 2.º del art. 20) y, por último, la grave alteración de la conciencia de la realidad, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia (n.º 3.º del art. 20)¹⁰²⁹.

Causas de inculpabilidad en sentido estricto (otros hablan de inexigibilidad, causas de exculpación o de disculpa) son, según la opinión dominante en la Ciencia del Derecho Penal española, el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales para los seguidores de la teoría diferenciadora (núm. 5º del art. 20), el miedo insuperable (núm. 6º del art. 20) y el error de prohibición invencible (art. 14.3). En ocasiones se añade también el encubrimiento entre parientes (art. 454) aunque se trata más bien de una excusa absolutoria¹⁰³⁰.

¹⁰²⁸ “Estos tres elementos... son elementos graduables (excepto en el caso de la minoría de edad penal) y, por eso, las causas que los modifican o desdibujan pueden tener un efecto excluyente o sólo un efecto atenuante de la culpabilidad, cuando no tienen la entidad suficiente para excluirla totalmente”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 358.

¹⁰²⁹ “En relación con estos comportamientos, pueden ser apreciables las eximentes de minoría de edad, enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación plena etílica o psicotrópica y alteración en la percepción. Asimismo, pueden ser aplicables las circunstancias atenuantes de eximente incompleta, grave adición etílica o psicotrópica, estado pasional, confesión y reparación espontáneas, y analógica”. BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* Op. cit., Pág., 242; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I. Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 506.

¹⁰³⁰ Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: << Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VIII/2005. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos.

Los diversos aspectos que abarca la culpabilidad no ofrecen, en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles, especialidad alguna digna de mención, salvo los supuestos de error de prohibición, por lo que únicamente analizaremos los mismos en cuanto tengan de específico.

2.- Error de prohibición

En el Código Penal español, hasta la Reforma de 1983, no existía ningún precepto que se refiriera expresamente al error de prohibición¹⁰³¹.

Año 2005. Págs., 1-33; Díez RIPOLLÉS, J.L.: << Aspectos generales de la imputabilidad >> en *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ. 110/2006. Actual doctrina de la imputabilidad penal. Año 2006. Págs., 1-17; CEREZO MIR, J.: << Las eximentes de culpabilidad >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 27. El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal. Año 1996. Págs., 1-9; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 531-612; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 581-654; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 535-702; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Págs., 138-178; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 281-383; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Págs., 157-177; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 202-205 y 349-398; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 457-520; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 1.- Estructura y fundamento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 211-214; MARTÍNEZ GARAY, L. Y FRÍGOLS BRINES, E.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 2.- Imputabilidad y causas de inimputabilidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 214-254; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 3.- Dolo, imprudencia y error >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 254-264; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 4.- Exigibilidad y causas de inexigibilidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 264-272; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Vademécum de Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición revisada, actualizada y ampliada. Valencia, 2013. Pág., 103; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 487-575; MARTÍNEZ ARRIETA, A.: << Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración de la percepción >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VIII/2005. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Año 2005. Págs., 1-56; CARBONELL MATEU, J.C.: << Sobre la imputabilidad en Derecho Penal español >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 17. La imputabilidad en general en el Derecho penal. Año 1992. Págs., 1-12.

¹⁰³¹ “En la legislación española, hasta la Reforma parcial y urgente de 25 de junio de 1983, carecía de regulación expresa el error, el mecanismo técnico jurídico del mismo se apoyaba esencialmente en la aplicación a *sensu contrario* del art. 1 (voluntariedad), ya que *nada puede ser querido sin ser previamente conocido*. Tras la Reforma apuntada se introduce en el Código Penal el art. 6 bis a)... [dando] entrada en el Código Penal a la moderna distinción error de tipo... y error de prohibición”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... Op. cit., Pág., 350.

Por su parte, el artículo 2 del Código Civil (Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889) declaraba: “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”. Ello dio pie a los Tribunales penales para negar la eficacia al error llamado “de Derecho” (*“error iuris nocet”*). Tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil por Decreto Legislativo de 31 de mayo de 1974, el nuevo artículo 6.1 añadió un segundo párrafo, tras un primero que contenía la clásica declaración antes recogida en el artículo 2, diciendo: “El error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen”.

En 1983 se introdujo en el Código Penal (adicionado por la LO 8/1983, de 25 de junio) el artículo 6 bis a), cuyo tercer párrafo estableció: “La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66”. Este artículo preveía la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados. El actual artículo 14.3 del Código Penal de 1995 se pronuncia en los términos siguientes: *“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”*¹⁰³².

La nueva redacción del Código Penal de 1995 relativa al error de prohibición invencible (art. 14.3) es, a juicio de CEREZO MIR, y en relación con la del párrafo tercero del art. 6º bis a) del antiguo Código Penal, *“sin duda, técnicamente más correcta”*. Continúa afirmando este autor que “la nueva fórmula comprende no sólo los casos de suposición errónea de la licitud, sino también los de falta de conciencia de la antijuridicidad por no haber reflexionado siquiera el sujeto sobre la licitud o ilicitud de la conducta”¹⁰³³.

El conocimiento de la ilicitud o antijuridicidad del hecho es en palabras de MUÑOZ CONDE: “elemento imprescindible y, al mismo tiempo, presupuesto de la imposición de una pena y... por tanto, el desconocimiento o ignorancia sobre este

¹⁰³² MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 560.

¹⁰³³ CEREZO MIR, J.: << Las eximentes de culpabilidad >> en *Cuadernos de Derecho Judicial...* Op. cit., Pág., 1.

extremo, según sea vencible o invencible, evitable o inevitable, es relevante en orden a atenuar o excluir la culpabilidad y, con ello la pena aplicable al autor de un delito, [lo que] constituye desde hace años un principio básico de la moderna dogmática jurídico penal, aunque sólo en los últimos años se ha acogido en la praxis jurisprudencial y expresamente en la legislación positiva”¹⁰³⁴.

2.1.- Concepto

A diferencia de lo que ocurre con el error de tipo, el error de prohibición, esto es, la creencia errónea de estar obrando lícitamente, supone que el autor yerra sobre la significación jurídica de su acción, por lo que cree (erróneamente) estar actuando dentro del campo de la licitud (o en términos de correcta licitud)¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *El error en Derecho Penal... Op. cit.*, Pág., 22. Vid., LESCH, H. H.: << Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición >> en *Revista del Poder Judicial. CGPJ*. Núm. 45. Primer trimestre, 1997. Págs., 1-29.

¹⁰³⁵ “Causalistas y finalistas llegan a resultados diversos en la Teoría del *error*: para la doctrina tradicional el error es la *faz negativa del dolo* por exclusión de su elemento intelectual, esto es, del conocimiento. Si el dolo se traduce en dos verbos activos, *saber y querer*, que vienen a actualizar la inteligencia y la voluntad estáticas integrantes de la imputabilidad del sujeto, cuando el agente *no sepa*, del mismo modo que cuando *no quiera*, faltará el dolo. Este tratamiento sistemático del error presupone: 1) Que el dolo es una de las dos formas de culpabilidad (dolo y culpa). 2) Que la conciencia de la antijuridicidad del hecho forma parte del elemento intelectual del dolo (Teoría del dolo), de forma que éste es *dolus malus* (equivalente a malicia), esto es, comprensivo tanto del conocimiento del hecho como de la significación antijurídica del mismo. La doctrina finalista altera profundamente el tratamiento sistemático del error. Para el finalismo el dolo (*dolus naturalis o dolo de hecho*) es el fin o tendencia de la acción típica. El dolo se convierte así en elemento subjetivo de la acción. De esta tesis se derivan las siguientes consecuencias: 1) Que el dolo no pertenece a la culpabilidad, sino al tipo, de la misma forma que los demás elementos subjetivos del injusto, pues la misión del tipo es la caracterización de la acción con todos sus elementos de injusto esenciales para la punibilidad. 2) *Que la conciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo, sino a la culpabilidad* (Teoría de la culpabilidad). Entendido el dolo como *dolus naturalis* o dolo de hecho, esto es, como simple realización de la voluntad (voluntad del resultado) y no como *dolus malus* (malicia), la conciencia de la antijuridicidad tiene que separarse del dolo y convertirse en elemento autónomo y central de la culpabilidad, ya que el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad alcanza al autor por haberse decidido a realizar el hecho con conocimiento de su antijuridicidad. 3) Que al separarse del dolo la conciencia de la antijuridicidad, hay que distinguir los supuestos de error de forma distinta a como lo hace la doctrina tradicional (*error facti y error iuris*). Así, el finalismo distingue de un lado el error de tipo, que excluye el dolo y con él la tipicidad, porque al ser el dolo un elemento del tipo, sin dolo no se realiza el tipo, y, de otro, el error de prohibición, que elimina la conciencia de la antijuridicidad y, con ella, el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. Consecuentemente para los causalistas el error esencial excluye el dolo y la culpa si es invencible, pero si es vencible se excluye el dolo dejando subsistente la culpa. Lo mismo sucede si se trata del error de prohibición, para los causalistas se excluye el dolo y la culpa, si es invencible, de modo que tal conducta sería impune por ausencia de culpabilidad. Los finalistas, sin embargo, admiten, en este caso, la realización del tipo doloso, ya que la conciencia de antijuridicidad no pertenece al dolo, si bien niega la reprochabilidad del autor. Si este error fuere vencible, según los causalistas, la responsabilidad es culposa; según los finalistas, el tipo doloso se ha realizado, pero debe atenuarse la responsabilidad penal por menor reprochabilidad del autor. Para el finalismo solo el error de prohibición es causa de inculpabilidad”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Pág., 349. Sobre la materia, Vid., FERRER SAMA, A.: *El error en Derecho Penal*. Ed. Universidad de

Mientras que el error de tipo se refiere o recae sobre algún elemento configurador de la definición legal del comportamiento delictivo, el error de prohibición versa sobre la prohibición jurídico-penal misma¹⁰³⁶.

El error de prohibición es el reverso de la conciencia de la antijuridicidad. La ausencia de este error determina un elemento constitutivo de la culpabilidad. La presencia del mismo exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida. Únicamente se excluye o se atenúa la responsabilidad, cuando se cree obrar conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, pues ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide el sujeto actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad, de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva¹⁰³⁷.

Murcia. Murcia, 1941; FLÁVIO GOMES, L.: *Erro de tipo, erro de proibição e discriminantes putativas*. Ed. JusPodium, 6ª edición. Pituba-Salvador, Brasil, 2015; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 622-636; GIMBERNAT ORDEIG, E.: << El sistema del Derecho Penal en la actualidad >> en *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Tecnos, 3ª edición (en esta editorial). Madrid, 1990. Págs., 175 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 659-684; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen)... Op. cit., Págs., 131 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: *El error en Derecho Penal...* Op. cit., Págs., 19 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Tipo y error*. Ed. Hammurabi, 2ª edición. Buenos Aires, 1988. Pág., 163.

¹⁰³⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: <<Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del Código Penal. (La regulación del error de tipo y del error de prohibición) >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. El error. Año 1993. Pág., 2; MUÑOZ CONDE, F.: *El error en Derecho Penal...* Op. cit., Pág., 15. “El sentido de la antigua distinción entre *error facti* y *error iuris* ha evolucionado hasta aproximarlos al de la más moderna entre el *error acerca del tipo* y el *error acerca de la significación antijurídica* o *error de prohibición*. No obstante, las diferencias subsisten: el *error de tipo* puede ser *error de derecho*, si tiene su origen en un entendimiento equivocado del alcance de un término normativo; y a la inversa, el *error acerca de la significación antijurídica* puede ser *error de hecho*, si se produce a causa de una falsa representación de la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 670-671.

¹⁰³⁷ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-4-2012, nº 266/2012, rec. 1401/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2012/65124); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-4-2009, nº 336/2009, rec. 1392/2008, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2009/56293); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-3-2007, nº 181/2007, rec. 1816/2006, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2007/16962); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-12-2009, nº 1328/2009, rec. 1142/2009, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2009/327308).

Nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta¹⁰³⁸.

2.2.- Clases

Dentro del error de prohibición pueden distinguirse dos modalidades: el error de prohibición directo y el indirecto. Tanto uno como otro puede ser, a su vez, vencible o invencible.

2.2.1.- ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO

El error de prohibición directo es aquél que recae sobre los mandatos o prohibiciones (abstractos) de la ley penal: el sujeto no sabe que la ley penal prohíbe u ordena un determinado comportamiento¹⁰³⁹.

Concebir la posible existencia de un sujeto que ignore que ocupar un bien inmueble o permanecer en él contra la voluntad de su titular no es una conducta prohibida, es difícilmente admisible, pues, tanto la propiedad como la posesión que se tutelan en esta figura delictiva, son instituciones jurídicas de tradición milenaria, no existiendo derecho originario de la naturaleza tan estrechamente ligado con el hombre como el de la propiedad, amén de ser postulado de la naturaleza, del individuo y de la

¹⁰³⁸ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 14-11-1997, nº 1141/1997, rec. 2445/1996, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 1997/8539); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-3-2007, nº 181/2007, rec. 1816/2006, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2007/16962); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-4-2009, nº 336/2009, rec. 1392/2008, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2009/56293); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-12-2002, nº 1999/2002, rec. 2167/2001, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2002/61215); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 24-6-2005, nº 865/2005, rec. 2033/2003, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2005/119226).

¹⁰³⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: <<Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del Código Penal. (La regulación del error de tipo y del error de prohibición)>> en *Cuadernos de Derecho Judicial... Op. cit.*, Pág., 2.

sociedad¹⁰⁴⁰. Como afirma el Tribunal Supremo: “resulta inverosímil, y por lo tanto inadmisibile la invocación del error de prohibición cuando se trata de *"infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada"*”¹⁰⁴¹. Estas palabras y esta concepción del delito las hace suyas la Jurisprudencia *menor* en relación a esta figura delictiva¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VI... Op. cit.*, Págs., 5-8.

¹⁰⁴¹ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-4-2009, nº 336/2009, rec. 1392/2008, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2009/56293); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 4-3-2010, nº 174/2010, rec. 2284/2009, Pte: Monterde Ferrer, Francisco (EDJ 2010/16398); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-7-2010, nº 691/2010, rec. 2629/2009, Pte: Monterde Ferrer, Francisco (EDJ 2010/144028); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-1986 (EDJ 1986/7241).

¹⁰⁴² *Vid.*, Audiencia Provincial de Ourense, sec. 1ª, S 29-4-2005, nº 26/2005, rec. 22/2005, Pte: Arcos Álvarez, José (EDJ 2005/87837): “El error de prohibición, que consiste en la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, se prevé en el art. 14.3 del CP. Cuando se invoca dicho error, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias, entre otras, de 3 de enero de 1985, 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987, 13 de enero de 1989, 13 de junio de 1990, 18 de noviembre de 1991, 25 de mayo de 1992, 30 de junio de 1994, 11 de octubre de 1996 y 7 de julio de 1997), en estos supuestos no basta con la mera alegación del error, sino que es necesaria la prueba del mismo, tanto la de su existencia, como la de ese grado de posible superación, o no, y distingue al efecto, aquellos casos de afectación a infracciones de carácter elemental, de ilicitud notoria y evidente, de comprensión generalizada, en la que debe imperar el principio “ignorantia iuris non excusat”, de aquellos otros meramente formales o de creación artificial en los que se dulcifica dicho criterio atendiendo a valores psicológicos o de cultura del agente, así como a posibilidades de instrucción o asesoramiento sobre la transcendencia de su obrar. También ha destacado la jurisprudencia la dificultad de prueba de la existencia del error por pertenecer a la conciencia de cada individuo pero precisa que no basta su mera alegación sino que deberá probarse (sentencias del TS de fechas 25 de enero de 1991 y de 7 de julio de 1997), tanto en su existencia como en su carácter invencible, afirmando reiteradamente que “no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas”, añadiendo que en el caso de error de prohibición, como es el caso de autos, impera el principio “ignorancia iuris non excusat”, no permitiendo invocar tales errores en infracciones cuya ilicitud es “notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada” (sentencia del TS de fecha 18 de noviembre de 1991 y de 10 de noviembre de 1996)”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 6-2-2014, nº 48/2014, rec. 988/2013, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2014/43639): “En cuanto al primero, es sabido que el error de prohibición (art. 14.3 CP), que constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad, exige, para su aplicación, que el autor ignore que su conducta es contraria a derecho. Si faltase tal conciencia de la antijuridicidad, la doctrina entiende que el sujeto no debe ser considerado como culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si el error es vencible. Ahora bien, el error ha de ser probado por quien lo alegue, no se precisa para su exclusión una completa seguridad en el agente respecto de su proceder antijurídico, bastando con tener conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, siendo incompatible con los casos de duda, *su invocación no es aceptable en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de generalizada comprensión*, y, por último, para llegar a su aplicación habrán de ponderarse los condicionamientos jurídicos y culturales del agente, así como las posibilidades de recibir instrucciones y asesoramiento al respecto”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066): “Ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido pues, como se ha expuesto ya, *no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento*”.

Consideramos, pues, que la ocupación pacífica de bienes inmuebles se incardina en las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba *mala in se*, por tratarse de una de aquellas conductas definidas en el Código Penal, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural; por contraposición a los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad, los *actos mala quia prohibita*¹⁰⁴³.

Y aun en el hipotético caso de que no nos encontrásemos ante una acción *mala in se*, sino simplemente ante *actos mala quia prohibita*, difícilmente podría apreciarse el error de prohibición pues la construcción de este error en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuridicidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Un profano que ha vivido en la “sociedad de la información” en la que nos hallamos inmersos, tiene la percepción natural, y exigible a cualquier persona de su mismo entorno socio-cultural, de que su actuación sería contraria a la norma¹⁰⁴⁴.

A las razones de inadmisibilidad del error de prohibición directo en los casos de usurpación pacífica, anteriormente expuestas, el Tribunal Supremo añade que “*no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas*”. Piénsese en

¹⁰⁴³ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 16-5-2013, nº 392/2013, rec. 1734/2012, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2013/67867); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-4-2012, nº 266/2012, rec. 1401/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2012/65124); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-12-2014, nº 898/2014, rec. 1292/2014, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2014/261492); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 18-4-2006, nº 411/2006, rec. 421/2005, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2006/59578); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-6-2015, nº 338/2015, rec. 2057/2014, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2015/101581); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-4-1998, nº 529/1998, rec. 1929/1997, Pte: Montero Fernández-Cid, Ramón (EDJ 1998/2864).

¹⁰⁴⁴ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 17-10-2006, nº 1067/2006, rec. 193/2006, Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDJ 2006/299608).

los supuestos de ocupación de inmuebles que se producen empleando fuerza en las cosas, *v.gr.*, violentando las cerraduras de sus puertas, cambiando las mismas, fracturando los cristales de sus ventanas, o empleando cualquier otro medio ilícito de acceso a un inmueble que evidencia por su estado la exclusión de terceros¹⁰⁴⁵.

Por las razones expuestas sostenemos que no cabe el error de prohibición directo en esta figura delictiva. Por su parte, GÓMEZ IBARGUREN considera que “*es prácticamente imposible* apreciar el error de prohibición en este tipo de delitos, ya que más bien nos encontramos, en muchas ocasiones, con grupos muy politizados que llevan a cabo “okupaciones” con claro tinte político, esgrimiendo ideas de extrema izquierda que, o bien niegan el derecho a la propiedad, o le dan un sentido más social del que el propio ordenamiento le da”¹⁰⁴⁶.

La Jurisprudencia *menor*, en relación expresa al artículo 245.2 del Código Penal, ha señalado que carece de lógica considerar que existe error de prohibición ante la entrada para ocupar e instalarse en una vivienda propiedad de la Empresa Municipal de la Vivienda, rompiendo la puerta; vivienda adjudicada en régimen de alquiler a una persona que la iba a ocupar en los días próximos. Tampoco se ha estimado la alegación de este error cuando los acusados fueron advertidos para que no ocuparan el inmueble (y lo desalojaran); ni cuando han recibido diversas notificaciones de resoluciones judiciales que evidencian que ya no pueden desconocer que el inmueble no les pertenece; o cuando se emplearon vías desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas; ni cuando el acusado entendió que era lícito el título en que amparaba su ocupación de la finca, pues ese es un supuesto de error de tipo¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁵ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-4-2012, nº 266/2012, rec. 1401/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2012/65124); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-2-2012, nº 54/2012, rec. 2624/2010, Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDJ 2012/16694); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 16-5-2013, nº 392/2013, rec. 1734/2012, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2013/67867); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-4-2012, nº 266/2012, rec. 1401/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2012/65124); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-3-2009, nº 231/2009, rec. 11236/2008, Pte: Marchena Gómez, Manuel (EDJ 2009/25541).

¹⁰⁴⁶ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Pág., 14.

¹⁰⁴⁷ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 30-9-2004, nº 403/2004, rec. 298/2004, Pte: Alhambra Pérez, María Catalina Pilar (EDJ 2004/278345): “Para conocer del recurso hemos de valorar las consideraciones de la Juez a quo en la sentencia que, aun declarando probado que la acusada entró en

la vivienda para ocuparla, sabiendo que se trataba de una vivienda ajena, dicta una sentencia absolutoria por tres motivos: el primero, por un supuesto error de prohibición, ya que exige como elemento del tipo en la sentencia que la vivienda esté ocupada y así da por probado que la acusada creyó que la vivienda estaba vacía, error de prohibición que llevaría a castigar los hechos como imprudentes y al no estar contemplada esta figura penal en el Código Penal de 1995, procede a dictar una sentencia absolutoria; el segundo motivo contenido en la sentencia se concreta en el siguiente párrafo: "Y en esta tesitura puede resultar excesivamente desproporcionado en este ámbito de la antijuridicidad y no todavía en términos de la tipicidad, esta protección penal de la propiedad no tanto porque no desenvuelva ninguna función social cuando por lo que implica de maniobras especulativas"; y, el tercer motivo, exige la Juez a quo que la vivienda reúna unas condiciones de habitabilidad y ésta no tenía contrato de luz y agua, por más que el adjudicatario fuera a realizar la mudanza en los próximos días... *Ninguno de los razonamientos de la Juez a quo puede ser compartido por este Tribunal. Se trataba de una vivienda con un titular (la Empresa Municipal de la Vivienda), adjudicada en régimen de alquiler a una persona que la iba a ocupar en los días próximos y por ello no tenía contratos de luz y agua, en la cual penetra la acusada rompiendo la puerta para ocuparla e instalarse en ella.* Estos son los hechos probados de la sentencia que no son debatidos por nadie y con estos hechos probados llega la Juez a quo a la conclusión absolutoria en base a un error de prohibición y exigiendo una serie de requisitos de habitabilidad de la vivienda y de protección civil de la posesión de lo cual deduce una desproporcionalidad en la protección penal. *Todos estos argumentos carecen de lógica*, puesto que si partimos que la vivienda, ocupada o no, pertenece a otra persona y se accede a ella con medios violentos, para instalarse en ella, en principio, concurren todos los elementos del tipo penal descrito en el artículo 245.2 CP, ya que el tipo penal no exige que se trate de morada, pues en ese caso estaríamos en presencia de un delito de allanamiento de morada, y que se trate de un inmueble en general, o edificio, que se ocupe sin la autorización debida". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-7-2001, nº 598/2001, rec. 225/2000, Pte: Celemin Porrero, José María (EDJ 2001/55362): "Resulta probado y expresamente se declara que los acusados Miguel, Eugenio, Ricardo, Rafael, Francisco, José y otro al que afecta esta Resolución, todos mayores de edad y sin antecedentes penales, el día 23 de junio de 1998, acudieron junto con sus familias, al inmueble sito en la calle I. núm.... de Madrid, propiedad del Instituto de la Vivienda de Madrid, y tras derribar los tabiques de protección instalados en sus accesos, penetraron en su interior, ocupándolo sin autorización de su propietario hasta la actualidad. Los hechos, ocurrieron el mismo día en que los empleados de la Empresa Constructora "Construcciones C." encargada de la demolición del edificio, contrataron los "Servicios de Seguridad A.". Éstos y aquéllos, comunicaron a los ocupantes del inmueble que debían desalojarlo, haciendo éstos caso omiso. Los ocupantes del inmueble y sus familias, carecían de vivienda, haciéndolo con anterioridad a los hechos con otros familiares... El tercer motivo del recurso no puede tampoco estimarse. La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en materia de error de prohibición (Sentencias, entre otras, de 11 de julio de 1991 y 30 de enero de 1996), señala que *para excluir el error resulta suficiente con que pueda racionalmente inferirse que el agente tenía conciencia de una alta probabilidad de ilicitud en su conducta. Y esa conciencia de ilicitud existió cuando los acusados fueron advertidos, según la testifical practicada, que no ocuparían el inmueble*". Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 27-1-2015, nº 10/2015, rec. 143/2014, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2015/23036): "Siendo de otra parte que los condenados fueron notificados del auto de Procedimiento Abreviado de fecha 8 de mayo de 2013 (véase folio 60 en relación con el folio 354) por el que se continúan las actuaciones por dichos trámites y notificada de la celebración del Juicio Oral el día 12 de septiembre de 2013 postpuesto el día 5 de noviembre de 2014 a las 11 horas, no acudiendo los acusados ni alegar justa causa, por lo que no pueden prosperar las alegaciones de error en la ocupación de la vivienda al ser consciente de que no le pertenecía, ni haber dado explicación alguna en el juicio, al que no comparecieron. No pudiendo ser admitida la justificación de la ausencia de vigilancia en la vivienda, pues ello no constituye elemento del tipo del injusto". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, A 17-7-2013, nº 445/2013, rec. 497/2013, Pte: Martínez de Salinas Alonso, Luis (EDJ 2013/319138): "Debiendo también confirmarse la desestimación del error de prohibición (art. 14 CP) alegado por los motivos expuestos (...), dado que *no puede invocarse cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas*". Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 25-6-2012, nº 485/2012, rec. 229/2012, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2012/200458): "Estima el Juzgador a quo que el acusado, al entender que era lícito el título en que amparaba su ocupación de la finca, incurrió en un error de prohibición que calificó como vencible a partir de la fecha en que es requerido de desalojo por el hijo de la querellante como heredera de la titular registral de la finca. Sin necesidad de valorar la vencibilidad o invencibilidad del error, lo cierto es que *ese error no era de prohibición (relativo a la ilicitud del hecho), sino de tipo (relativo a un hecho constitutivo de la infracción penal)*... En el caso de autos, el error del acusado recaía sobre la ajenidad de la finca que poseía a título de dueño y, en

Para excluir el error de prohibición no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, basta que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho. En otras palabras, basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder¹⁰⁴⁸.

La dificultad de determinar la existencia del error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, supone que no basta su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible, correspondiendo a quien lo alega y a su defensa exponer las condiciones que hacen que

consecuencia, sobre un elemento esencial del tipo del delito de usurpación de inmueble objeto de acusación... Si, como argumenta el Juzgador a quo, el error sufrido por el acusado debe ser considerado como vencible, la infracción habría de ser castigada como imprudente por aplicación del artículo 14.1 del Código penal. Sin embargo, no contemplándose la modalidad imprudente en el delito de usurpación, la apreciación de un error vencible de tipo determina la absolución del acusado, dado que el artículo 12 del Código penal solo permite la condena por infracciones imprudentes cuando expresamente lo disponga la Ley". Sorprendentemente el error sobre la ajenidad no se concibe como error de tipo sino como error de prohibición (aunque no se estime por falta de prueba) por la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066): "En segundo término, se viene a alegar el error de prohibición invencible por entender que la recurrente obraba amparada en la creencia que la vivienda ocupada era propiedad de su abuela... Dicho de otro modo, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto acusado, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del mismo. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del acusado en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo. Ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido pues, como se ha expuesto ya, no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento. Expuesto lo anterior, la alegación de los recurrentes de que la vivienda por ellos ocupada es propiedad de la abuela de la acusada, quien se la cedió para su uso, ha resultado manifiestamente falsa. A la absoluta falta de prueba sobre tal extremo se une el acreditamiento, a través de la documental pública incorporada a autos, de la propiedad de la madre de la denunciante de la vivienda litigiosa. Constatándose igualmente el conocimiento del ilícito de su actuación a través de determinados actos que se consideran acreditados como el cambio violento de las cerraduras para acceder a su interior y la existencia de pertenencias propiedad de la denunciante en la casa ocupada. Consideraciones que excluyen la posibilidad de la apreciación del error de prohibición".

¹⁰⁴⁸ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-4-2012, nº 266/2012, rec. 1401/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2012/65124). En términos similares: Tribunal Supremo Sala 2ª, S 27-2-2003, nº 302/2003, rec. 2822/2001 Pte: Colmenero Menéndez de Lurca, Miguel (EDJ 2003/4268): "El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal. Decíamos en la STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre que: a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto".

en el sujeto concreto concurra el supuesto de exclusión de la responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error. La razonabilidad de dicho error deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto¹⁰⁴⁹. La Jurisprudencia *menor* rechaza alegación de existencia de error de prohibición, es decir de un error sobre la antijuridicidad del hecho, ante la simple alegación del acusado en el juicio oral de “que desconeixia que l'entrada en un immoble (sic) abandonat podria arribar a ser delictiva ("no sabía que cometía ilícito ni delito con esa acción")”; si bien lo hace no por motivos de fondo (sustantivos), sino por razones de índole procesal (adjetivas), “por tratarse de una cuestión alegada *ex novo*”, pues, ni en el escrito de conclusiones provisionales formulado por la defensa del acusado, ni en el juicio oral nada se alegó de la existencia de un presunto error de prohibición. La misma desestimación por motivos formales tuvo lugar cuando se aludió a un posible error de prohibición en cuanto a que los recurrentes “creían en la virtualidad de que la ocupación a la larga conllevaría la legalización de la misma en la Junta de Andalucía”; tesis que fue rechazada por cuanto que ese supuesto error ni tan siquiera indiciariamente se vio corroborado por prueba alguna¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁹ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 16-5-2013, nº 392/2013, rec. 1734/2012, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2013/67867); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-4-2012, nº 266/2012, rec. 1401/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2012/65124); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-12-2014, nº 898/2014, rec. 1292/2014, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2014/261492); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 17-10-2009, nº 1035/2009, rec. 1995/2008, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2009/265711); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 18-4-2006, nº 411/2006, rec. 421/2005, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2006/59578); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-6-1999, nº 1046/1999, rec. 2529/1998, Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDJ 1999/13831).

¹⁰⁵⁰ Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 28-12-2006, rec. 21/2006, Pte: Pijuan Canadell, José María (EDJ 2006/453235): “La parte apelante alega, asimismo, el "error en la falta d'aplicació dels eximents d'estat de necessitat en relació a l'error de prohibició del tipus penal", alegación que debemos entender referida a la concurrencia de un error de prohibición, es decir, de un error sobre la antijuridicidad del hecho alegando que, como consta en el acta del juicio oral el acusado declaró "que desconeixia que l'entrada en un immoble (sic) abandonat podria arribar a ser delictiva ("no sabía que cometía ilícito ni delito con esa acción)". Esta alegación tiene por objeto una cuestión que no fue planteada en la primera instancia, pues del examen de las actuaciones resulta que en el escrito de conclusiones provisionales formulado por la Defensa del acusado nada se alegó a este respecto, y si bien en el juicio oral, en el trámite previo de alegaciones, la Defensa del acusado manifestó que añadía "a la 5ª la eximente de estado de necesidad, de forma subsidiaria", nada dijo de la existencia de un presunto error de prohibición, y en el trámite de conclusiones elevó a definitivas las conclusiones formuladas con carácter provisional. Por tratarse de una cuestión alegada *ex novo* como motivo del recurso no debe ser estimada por el Tribunal por ser contraria a los principios rectores de la segunda instancia que no permiten en el recurso de apelación introducir cuestiones nuevas y distintas de aquellas que motivaron la resolución dictada en la primera instancia. La apelación como señala la doctrina científica es un recurso ordinario y devolutivo en virtud del cual se trae la cuestión objeto de la resolución impugnada, al pleno conocimiento de un Juez superior a aquel que la dictó, de lo que cabe deducir que el objeto de la apelación no puede ser otro que el combatir una resolución judicial que se estima no ajustada a derecho, y si tal es su finalidad resulta obvio que en el recurso no se podrán introducir cuestiones distintas de las planteadas inicialmente por el litigante que lo articula; es decir que si el Juez *a quo* resuelve sobre una

La aplicación del artículo 14.3 del Código Penal ha de suponer una actividad presidida por la corrección dogmática y la *seguridad jurídica*, pues sólo de esta forma pueden compatibilizarse intereses absolutamente contrapuestos: los de la persona que se equivoca (reconocidos expresamente en el art. 14.3 CP) y los del que “sufre” o soporta la equivocación ajena. La protección de estos últimos hace necesario, en primer lugar, proceder con un alto grado de exigencia para considerar, bien que un error de prohibición efectivamente concurre, bien que el error concurrente es invencible. También, en segundo término, es necesario otorgar un derecho de legítima defensa (ya que no existe un deber jurídico de soportar los errores ajenos) al que es víctima de la equivocación (vencible o invencible) de otro; y ello se consigue considerando, como en la actualidad lo hace el Tribunal Supremo, que el error de prohibición afecta sólo a la culpabilidad del autor, cuya acción sigue siendo típica y antijurídica¹⁰⁵¹.

Por último, debe señalarse que en caso de colisión de normas ha de considerarse de aplicación preferente el artículo 14.1 del Código Penal, pues, el error de prohibición tiene carácter subsidiario respecto del error de tipo. Así ha de entenderse como consecuencia del lugar lógicamente prioritario que ocupa la tipicidad en la llamada teoría del delito de la parte general del Derecho penal respecto del otro elemento, la culpabilidad, donde se inserta el tema del error de prohibición¹⁰⁵².

pretensión concreta formulada por la parte, esta no puede excederse ante el Juez *ad quem* variando el contenido de esa pretensión inicial e introduciendo cuestiones nuevas pues con ello se va más allá de las planteadas y resueltas en primera instancia. Reiteradamente tiene recordado este Tribunal que la invocación de una cuestión jurídica no articulada en la instancia opera a modo de lo que la doctrina del Tribunal Supremo conoce como “planteamiento sorpresivo”, en su STS de 8 de junio de 2001 se establece que “es doctrina reiterada de esta Sala que no son admisibles planteamientos sorpresivos, en una especie de casación *“per saltum”*, que producen indefensión a las acusaciones al privarles de la posibilidad de objetarlas y rebatirlas y al órgano jurisdiccional de analizarlos y resolverlos en la instancia. (SS 23 de febrero y 21 de septiembre de 1996, 11 de junio de 1997, 2 de febrero de 1999 y 24 y 26 de enero y 30 de junio de 2000)”. Procede, por todo ello, la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de la sentencia apelada”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 19-9-2007, nº 167/2007, rec. 150/2007, Pte: Pontón Práxedes, Antonio G. (EDJ 2007/354213): “En segundo término se alude a un posible error de prohibición en cuanto que las recurrentes “creían en la virtualidad de que la ocupación a la larga conllevaría la legalización de la misma en la Junta de Andalucía”. Tesis ésta que igualmente hemos de rechazar por cuanto que ese supuesto error ni tan siquiera indiciariamente se ha visto corroborado por prueba alguna”.

¹⁰⁵¹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: <<Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del Código Penal. (La regulación del error de tipo y del error de prohibición) >> en *Cuadernos de Derecho Judicial... Op. cit.*, Pág., 8.

¹⁰⁵² *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-11-2009, nº 1070/2009, rec. 632/2009, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2009/259102); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 16-5-2013, nº 392/2013, rec. 1734/2012, Pte:

2.2.2.- EL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO

El error de prohibición indirecto es el que recae sobre las causas de justificación que excepcionalmente autorizan la violación de las normas penales; es decir, que aunque el sujeto sabe lo que hace y, además, sabe que lo que hace está abstractamente prohibido, se cree no obstante excepcionalmente autorizado por una causa de justificación (que en realidad no concurre) a actuar como lo hace. Estos casos en los que el sujeto se cree autorizado para realizar una conducta típica se conocen en la terminología jurisprudencial con el nombre de “eximentes putativas”¹⁰⁵³. Dentro de esta modalidad de error de prohibición (indirecto) suelen distinguirse, a su vez, distintos supuestos:

- *Error sobre la existencia de una causa de justificación*, cuando el sujeto supone a su favor una causa de justificación que no existe en el ordenamiento jurídico. (V. gr., la concepción según la cual justifica el ejercicio del llamado “derecho social a una vivienda digna” reconocido por la Constitución en el artículo 47 CE; la creencia en la virtualidad de que la ocupación a la larga conllevaría la legalización de la misma por la

Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2013/67867). Y la Jurisprudencia *menor*. Vid., Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 5-6-2014, nº 55/2014, rec. 34/2014, Pte: Suárez Sánchez, Urbano (EDJ 2014/112636): “Aun cuando se desdobra en dos motivos en realidad se recurre por uno solo, ya que todos los alegatos en pro de la estimación pivotan sobre el mismo punto, el error de tipo porque afirman los apelantes que contaban con autorización para ocupar la vivienda, lo que constituía un título que impide que la ocupación sea penalmente relevante. Desde esta perspectiva hemos de que recordar que según ha venido a establecer el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia 1070/2009 de 2 de noviembre “Esta última clase de error existe cuando el falso conocimiento o la ignorancia versa “sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal” (art. 14.3), algo que en estos casos es inherente al propio error de tipo, como queda de manifiesto en el caso presente, en el cual la señora que se creía heredera y sacó dinero de la cuenta del difunto evidentemente creía que su comportamiento era lícito. En tal colisión de normas ha de considerarse de aplicación preferente el art. 14.1: el error de prohibición tiene carácter subsidiario respecto del error de tipo. Así ha de entenderse como consecuencia del lugar lógicamente prioritario que ocupa este elemento del delito, la tipicidad (en la llamada teoría del delito de la parte general del Derecho penal) respecto del otro elemento, la culpabilidad, donde se inserta el tema del error de prohibición””.

¹⁰⁵³ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-12-2008, nº 891/2008, rec. 1419/2007, Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDJ 2008/240012): “Eximente putativa (art. 14.3. CP), es decir, la suposición errónea por el autor de circunstancias que de haber concurrido hubieran justificado el hecho”.

Administración propietaria del inmueble; o la invocación al derecho de uso inocuo –*ius usus innocui*–)¹⁰⁵⁴.

- *Error sobre los límites de una causa de justificación*, cuando el sujeto yerra sobre el alcance (exceso en el ejercicio) de una causa de justificación realmente admitida por el ordenamiento jurídico (V. gr., cuando el sujeto hallándose en una situación de estado de necesidad no elige una casa cualquiera sino una propiedad de 230 m2 construidos, sita en parcela de 2000 m2).
- *Error sobre los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación*, el sujeto cree erróneamente que concurren las circunstancias fácticas que le hubieran autorizado a actuar como lo hizo (V. gr., cuando el sujeto cree que por el sólo hecho de estar en paro sin ninguna otra circunstancia concomitante y sin haber agotado todos los

¹⁰⁵⁴ “El error de prohibición recaerá por lo común sobre la presencia de una causa de justificación (error indirecto de prohibición). Cabe igualmente el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 914. *Vid.*, Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “El único tema que merece ser comentado en relación con esta categoría del delito que se plantea de una forma brillante por el recurrente, está relacionado con el error de prohibición. En efecto, resulta errónea la concepción según la cual justifica el ejercicio del llamado "derecho social a una vivienda digna" reconocido por la Constitución en el art. 47. Como afirma Gonzalo Quintero "al igual que sucede con los restantes derechos sociales-constitucionales no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos". Doctrina permanentemente invocada por la jurisprudencia: "Tampoco es posible en virtud del derecho social a la vivienda digna, admitir la facultad subjetiva para ejercitar los derechos sociales-constitucionales" (SAP Valencia 12.2.2202)” y SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 421-422; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 74; QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 660. “Puede plantear problemas el que se crea amparado erróneamente por un derecho. En nuestro país a nivel consuetudinario existe lo que se denomina derecho de uso inocuo. Habrá que analizar si en un caso concreto, ante la falta de manifestación del titular, la presunción de no contar con su autorización quedaría rota por este derecho de uso inocuo. En todo caso al tratarse de una causa de exclusión de la antijuridicidad (art. 20.7, ejercicio legítimo de un derecho) deberá acreditarse en todos sus extremos. *In extremis*, la defensa podría alegar error de prohibición”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1318. “Plantea Fernández Aparicio que en caso de existencia de normas consuetudinarias que configuren el llamado derecho de uso inocuo, pudiera darse lugar a una situación de error de prohibición, a resolver con arreglo al artículo 14 del Código Penal”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 399.

recursos que en la esfera personal, profesional y familiar se podrían utilizar se halla en estado de necesidad justificante)¹⁰⁵⁵.

Los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación (la agresión ilegítima en la legítima defensa o la situación de necesidad en el estado de necesidad) son, ante todo, elementos fácticos, para cuya apreciación no hace falta valoración jurídica alguna. Desde este punto de vista, parecería que la misma clase de error representa creer erróneamente que se mata a un animal en lugar de alguna persona [o creer que el inmueble ocupado no es ajeno], que creer, erróneamente también, que esa persona es un agresor [o creer que se actúa en estado de necesidad sin cumplirse todos sus presupuestos]. Ello podría dar lugar a pensar que nos encontramos ante un error de tipo (MIR PUIG, LUZÓN PEÑA...). Si bien, como argumenta MUÑOZ CONDE, mientras el error en el primer caso afecta a la calificación misma del hecho, el error en el segundo incide en la licitud del hecho ya calificado. En el primer caso el sujeto no sabe que realiza un tipo de homicidio [o de ocupación pacífica de inmuebles]; en el segundo sabe

¹⁰⁵⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: <<Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del Código Penal. (La regulación del error de tipo y del error de prohibición)>> en *Cuadernos de Derecho Judicial... Op. cit.*, Págs., 2-3. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-11-2010, nº 954/2010, rec. 10403/2010, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2010/246616): “Es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el art. 14 se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal (núm. 1) o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2). En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide su apreciación. En el número 3º se otorga tratamiento jurídico al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o un error sobre la causa de justificación (error de prohibición indirecto). Así en términos de la STS 755/2003, de 28 de mayo, “la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación”. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-4-2012, nº 266/2012, rec. 1401/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2012/65124): “Como decíamos en la STS 601/2005 de 10.5, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y como recuerdan las SSTs. 17/2003 de 15.1, 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003 de 14.11, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal”.

lo que está haciendo (un tipo de homicidio [o de usurpación]), aunque se cree amparado por una causa de justificación¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 384-385. Comparte este criterio SUSANA HUERTA: "Por lo demás, debo señalar que no participo de la idea, brillantemente expuesta por algunos autores, según la cual la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación nada tiene que ver con la ignorancia o el desconocimiento de la prohibición ya que el sujeto puede perfectamente conocer tanto el sistema de prohibiciones y mandatos como el de autorizaciones y, sin embargo, incurrir en tal modalidad de error pese a tratarse del ciudadano más cuidadoso y diligente. Bastaría a mi juicio con modificar levemente los términos y, en lugar de hablar de un "desconocimiento de la prohibición", aludirse (tal y como así se hace en el art. 6 bis a), 3º CP) a una "creencia errónea de estar obrando lícitamente", para comprender cuán artificial resulta esa pretendida diferenciación toda vez que, por poner un simple ejemplo, tanto quien ignora que está prohibido ocasionar un aborto no consentido fuera de los casos contemplados en el art. 417 bis CP, como quien, conociendo el contenido de esta última disposición, realiza esa misma conducta en la equivocada idea de que concurre objetivamente una de las indicaciones en ella enunciadas, actúa en la errónea creencia de estar obrando lícitamente por más que en uno y otro caso dicha creencia esté motivada por causas distintas. Dicho de otra manera: se puede conocer la prohibición en abstracto y, sin embargo, desconocerla en el caso concreto debido a la equivocada asunción de una inexistente situación objetiva de justificación. Por consiguiente, con lo que verdaderamente presenta una "analogía estructural" esta modalidad de error es con el error de prohibición y no con el error de tipo; pues, por más que Roxín afirme en apoyo de esta última tesis que lo que el sujeto "quiere hacer" es correcto desde el punto de vista del legislador, no por ello puede ignorarse que lo que "hace" está objetivamente desvalorado y que, en consecuencia, como sucede en los supuestos de error de prohibición directo, ningún impedimento hay para aplicarle la pena correspondiente al delito doloso por haberse decidido "a favor de la realización de una conducta que está prohibida por la ley, aunque no conozca la prohibición". HUERTA TOCILDO, S.: << Problemática del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. El error. Año 1993. Pág., 8. En contra del criterio de estos autores, consideran que es un error de tipo, Mir Puig, Luzón Peña... "Esto supone que todo error sobre un elemento normativo del tipo, aunque sea de derecho, deberá considerarse error sobre "un hecho... de la infracción penal". Todos los casos de error de tipo deben incluirse, pues, en el nº 1 o el nº 2 del art. 14. En los mismos números habrá de incluirse el error sobre los presupuestos de una causa de justificación... Los presupuestos objetivos de una causa de justificación dan lugar a una situación fáctica distinta de la prohibida por la norma concreta. El hecho concretamente prohibido no se agota en la parte de situación descrita en el tipo de delito, sino que comprende también la ausencia en dicha situación de los hechos que dan lugar a una causa de justificación. En este sentido, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación recae "sobre un hecho constitutivo de la infracción penal", en los términos del nº 1 del art. 14. Y como entre los hechos constitutivos de la infracción penal deben incluirse tanto los elementos descriptivos como los elementos normativos...esto vale para los presupuestos descriptivos como para los presupuestos normativos de las causas de justificación". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 563-564. Vid., MIR PUIG, S.: << La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho Penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. El error. Año 1993. Págs., 1-8. "En resumen, el tratamiento del error sobre la presencia de los presupuestos de una causa de justificación es el mismo que el de cualquier error de tipo. Por tanto, en todo caso excluye el dolo, dando lugar a imprudencia si es objetivamente vencible, y si es objetivamente invencible, a ausencia de dolo e imprudencia (caso fortuito); y si, pese a ser objetivamente vencible el error, por circunstancias individuales resulta personalmente invencible para el sujeto, su conducta será imprudente, pero no culpable". LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 284. "También la respuesta del sistema clásico y neoclásico del delito es diferente a la del finalismo respecto del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. Para el sistema clásico o neoclásico del delito, que, como dijimos, siguen la denominada *teoría del dolo*, el indicado error excluye el dolo; si el error es invencible se excluye el dolo y, además la culpabilidad, y, si el error es vencible se excluye el dolo, pero subsiste la responsabilidad por culpa. Por el contrario, para el finalismo [teoría de la culpabilidad o teoría estricta de la culpabilidad], la creencia errónea de que concurre una causa de justificación es un caso de error de prohibición. "Tanto si el autor yerra sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causa de justificación, como si cree que concurre una causa de justificación que no está reconocida por el Derecho, en todos estos casos yerra sobre la antijuridicidad de su realización dolosa del tipo". No obstante, conviene indicar que desde el finalismo también se ha defendido que en este tipo de error (sobre los presupuestos fácticos de una

Con mucha mayor razón, continúa argumentando MUÑOZ CONDE, debe aplicarse el artículo 14.3 del Código Penal a los otros dos supuestos de error indirecto (error sobre los límites o sobre la existencia de la causa de justificación), pues no se trata aquí de calificar el hecho (por tanto, de elementos esenciales integrantes de la infracción penal), sino de la creencia errónea de estar obrando lícitamente, es decir, de un error “sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”¹⁰⁵⁷.

Ninguno de los problemas relacionados con las falsas creencias acerca de los presupuestos objetivos, límites o existencia de una causa de justificación, tiene, pues, nada que ver con la imputación dolosa o imprudente del tipo del delito en cuestión. Se trata, sólo por tanto, de solucionar unitariamente en un ámbito distinto al de la constatación de la tipicidad, dolosa o imprudente, de un delito, los casos en los que el autor considera erróneamente que el hecho típico por él cometido está justificado. En una “teoría del error orientada a las consecuencias” esta categoría no puede ser otra que la de la culpabilidad, que es el último bastión donde se puede discutir la atribución del hecho a su autor a fin de hacerle responsable del mismo¹⁰⁵⁸.

causa de justificación), es correcta la solución defendida por la teoría del dolo, pues, en dichos casos, debe excluirse el dolo. A esta teoría se la denomina *teoría restringida de la culpabilidad*. En este sentido... propugna aplicar la regulación prevista para el error de tipo, es decir, "el autor no puede ser sancionado con la pena del delito doloso, sino que, en todo caso, será responsable por la realización culposa del supuesto de hecho típico". LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: << Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático >> en *Cuadernos de Derecho Judicial...* Op. cit., Pág., 13. “La teoría de los elementos negativos del tipo llega a las mismas consecuencias prácticas que la teoría atenuada de la culpabilidad, aunque desde una óptica teórica distinta. Para la teoría de los elementos negativos del tipo los presupuestos fácticos de las causas de justificación son, en realidad, elementos del tipo penal negativamente formulados, por lo que el error sobre los mismos (el autor supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación) es propiamente un error de tipo”. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: <<Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del Código Penal. (La regulación del error de tipo y del error de prohibición) >> en *Cuadernos de Derecho Judicial...* Op. cit., Pág., 4.

¹⁰⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 385.

¹⁰⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *El error en Derecho Penal...* Op. cit., Pág., 138.

2.2.3.- VENCIBILIDAD O INVENCIBILIDAD DEL ERROR

El Código Penal distingue entre error vencible e invencible. Puede definirse el *error vencible*, como aquel del que puede salirse o ser vencido mediante una actuación diligente del agente; como aquél que puede ser eliminado mediante el recurso al esfuerzo de conciencia exigible al sujeto, e *invencible* cuando no puede ser eliminado con dicho esfuerzo.¹⁰⁵⁹

Probada la ignorancia o el error sobre la antijuridicidad se debe plantear la cuestión de si eran o no vencibles¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁹ SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 164. *Vid.*, QUINTANAR DÍEZ, M.: << Vencibilidad e invencibilidad del error sobre la prohibición (Comentario a la sentencia núm. 860/1993, de 15 de abril de 1993, del Tribunal Supremo) >> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 54, 1994. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1994. Págs., 1407-1421.

¹⁰⁶⁰ "También el error de prohibición que resulta indiscutido como tal por todas las teorías del error, el error directo sobre la norma de prohibición o de mandato, versa sobre un determinado estado de conocimiento del sujeto sobre la antijuridicidad de la acción en la teoría del dolo o la posibilidad de su conocimiento en la teoría de la culpabilidad, de modo que la prueba de esa situación se refiere en ambos casos, en principio, a una "circunstancia de la personalidad" pues, por más que se concrete a partir de parámetros normativos, no deja de ser un juicio en relación con la posibilidad del sujeto de motivarse por las normas. En cualquier caso, desde el punto de vista de la prueba, se trata de llegar a una conclusión sobre el estado intelectual del sujeto, sea respecto al concreto estado de conocimiento de mandatos y prohibiciones, sea en cuanto a una posibilidad, determinada con módulos más o menos objetivos, de dicho conocimiento. A esa conclusión difícilmente puede llegarse a partir de una prueba directa distinta de las propias manifestaciones del acusado, de modo que si el propio sujeto invoca el error sólo una manifiesta contradicción a partir de máximas de experiencia puede hacer decaer su propia declaración al respecto; y si no lo invoca, el tribunal tampoco puede afirmar la presencia de conciencia de la ilicitud si no es a partir de esas mismas reglas. Es decir, la prueba directa es aquí la base a partir de la cual gira el razonamiento del tribunal de instancia, y las máximas de experiencia (sobre indicios concretos y constatados en el caso, en una conclusión evidente, como ya se ha dicho) pueden llevar a la negación del error alegado por el sujeto. Esa argumentación acude a un estado intelectual del sujeto, que hubiera existido también de no haber realizado la acción, y por tanto, a un hecho distinto de la propia acción. Aunque algunos indicios estén apoyados en ciertas actitudes exteriorizadas por el autor en el momento de realizar el hecho que se juzga, lo cierto es que la conclusión del tribunal ha de ser más o menos la siguiente: "en el momento de los hechos, el autor no conocía o no podía conocer la ilicitud de su comportamiento". El juicio es muy similar al de la inimputabilidad, en el que tendría que decirse: "en el momento de los hechos, el autor padecía la enfermedad mental X que le incapacitaba para conocer la desaprobación de su acción" Desde mi punto de vista, el proceso lógico de prueba respecto al error de prohibición indirecto que recae sobre la existencia de una causa de justificación (quien cree que existe una causa de justificación que en realidad no existe) es exactamente el mismo que el anteriormente señalado, ya que el problema vuelve a recaer sobre la existencia de una norma (en este caso de autorización de una infracción típica) al suponerse que hay una regla según la cual el comportamiento estaría justificado". PÉREZ DEL VALLE, C.: << Inferencia y error >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. El error. Año 1993. Pág., 4.

El juicio sobre la vencibilidad del error de prohibición se debe realizar separando dos estadios diferentes: Primero, si tuvo razones para pensar en la antijuridicidad del hecho (indicios de antijuridicidad). Por ejemplo si tuvo dudas sobre la prohibición, si actuaba en un ámbito regido por regulaciones especiales, en que debe esperarse que haya normas, etc. Segundo, si pudo aclarar la situación, reflexionando sobre el hecho, o acudiendo a fuentes de información jurídica¹⁰⁶¹.

BACIGALUPO ZAPATER propone el siguiente esquema para determinar si el error era o no evitable:

1.- El acusado alega haber desconocido la antijuridicidad de su acción (ignoraba, dice, que el hecho estaba prohibido, que era punible, que era delito, etc.) y el Tribunal estima creíbles sus dichos o no puede excluir que lo sean.

2. ¿Pudo evitar el autor su error de prohibición?

¿Tuvo razones para pensar en la antijuridicidad?

Las tuvo:

- Si tuvo dudas sobre la antijuridicidad.
- Si sabía que producía un daño a otro o a la sociedad.
- Si actuaba en un ámbito regido por regulaciones especiales.

¿Tuvo posibilidad de despejar el error?

Las tuvo:

- Si pudo despejar el error mediante auto-reflexión
- Si pudo acudir a una fuente fiable de información jurídica que hubiera podido dar una respuesta adecuada a la cuestión jurídica planteada¹⁰⁶².

¹⁰⁶¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 3.- Dolo, imprudencia y error >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 264.

¹⁰⁶² BACIGALUPO ZAPATER, E.: << La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. El error. Año 1993. Págs., 7-8.

Estas reglas tienen aplicación tanto en los casos de errores directos como de errores indirectos de prohibición, es decir, sea que el autor haya errado sobre la existencia de la norma o que su error haya recaído sobre la existencia de una causa de justificación o sobre los presupuestos objetivos de la misma. En este último caso, por regla, el agente habrá tenido razones para pensar en la antijuridicidad, dado que sabe que realiza una acción dañosa y, en general, prohibida (el que entiende que es agredido y que esa agresión sólo puede ser detenida lesionando al atacante, sabe que produce un daño a otro). Sin embargo, y aunque sostiene BACIGALUPO ZAPATER que en la gran mayoría de los casos de esta especie no habrá tenido la posibilidad de informarse sobre la situación jurídica dentro del tiempo en el que (según su representación) debería actuar para evitar que la agresión le produzca un daño; no sucederá así en los supuestos de ocupación pacífica de bienes inmuebles donde la acción por regla general no es inmediata (como un acto defensivo frente a una agresión) sino pausada en el tiempo, que exige de una reflexión e incluso de una búsqueda y selección del inmueble desocupado entre los existentes. Esto nos llevaría a cuestionar la admisión del error de prohibición indirecto en esta figura delictiva¹⁰⁶³.

¹⁰⁶³ BACIGALUPO ZAPATER, E.: << La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición >> en *Cuadernos de Derecho Judicial...* Op. cit., Pág., 8. “Cuando tengamos claro qué queremos, nos tocará ir de paseo, tener los ojos bien abiertos, y buscar las casas que se adapten a nuestras necesidades. Si sois un grupo suficiente, podéis dividiros por las zonas que acordéis para dar batidas, cuanto más exhaustivas mejor. Seguramente podáis consultarles a colegas que conozcan la zona, y os puedan orientar. Cuantas más opciones tengáis mejor, seleccionando por último las dos o tres direcciones que más os gusten... El estado del inmueble es un factor importante ya que, existiendo miles de viviendas vacías, no hay porque elegir una ruina que pueda ser peligrosa, necesite un trabajo y dinero abrumadores, e incluso pueda conducir a un desalojo cautelar para garantizar la integridad física de los habitantes. De hecho, existen edificios de nueva construcción, completamente acabados o casi, abandonados por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, dispuestos a ser okupados como podrían serlo otros más viejos... Una vez elegidos unos pocos edificios o casas, debemos recabar datos que nos permitan valorar si se adaptan a lo que buscamos. En internet encontramos herramientas de gran utilidad para esta fase del proceso: www.goolzoom.com, es una página donde encontraremos información catastral, es decir m2, distribución general del espacio sin muchos detalles, más [googlemaps](http://googlemaps.com)... Registro de la Propiedad... www.axesor.es, www.einforma.com, son páginas donde encontrar información financiera, dirección y otros datos gratuitos sobre las empresas propietarias del edificio. Delegación de Urbanismo del Ayuntamiento, se puede pedir un informe urbanístico con el grado de protección del edificio, licencias de obra y demolición, o calificación del terreno. Os puede servir para saber si hay algún plan de reforma o derribo inminente que pueda hacer que os larguen rápidamente alegando que tienen un proyecto en marcha. Puede que tengan concedida una licencia pero por problemas varios les haya caducado”. OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación...* Op. cit., Págs., 19-21.

CAPÍTULO VII.- PUNIBILIDAD, PENALIDAD, PERSEGUIBILIDAD Y PRESCRIPCIÓN

SUMARIO: PUNIBILIDAD, PENALIDAD, PERSEGUIBILIDAD Y PRESCRIPCIÓN 1.- Punibilidad 1.1.- Excusas absolutorias: Particular referencia al parentesco en los delitos patrimoniales no violentos 1.1.1.- ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL Y OCUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES A) *Fundamento* B) *Ámbito de aplicación* a) *Ámbito de aplicación personal* Cónyuges. Ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado b) *Ámbito de aplicación real* C) *Toma de postura* 2.- Penalidad 2.1.- Clasificación formal de los delitos: Por la magnitud de la pena 2.1.1.- DELITO LEVE VS. DELITO MENOS GRAVE 2.1.2.- DELITO GRAVE VS. DELITO MENOS GRAVE 2.2.- Clasificación legal de las penas 2.3.- La ocupación pacífica: Un delito leve por error del legislador 2.3.1.- CONSECUENCIAS 2.4.- Usurpación y pena de multa 2.4.1.- BENIGNIDAD DE LA PENA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD 2.4.2.- OTRAS JUSTIFICACIONES A LA PENA DE MULTA 2.4.3.- CONCRECIÓN DE LA PENA 2.4.4.- INSUFICIENCIA DE PENA 3.- Perseguibilidad 3.1.- Condiciones formales de imposición de pena 3.1.1.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD O PROCEDIBILIDAD 3.1.2.- INMUNIDADES Y EXENCIONES 3.2.- Principio de oportunidad reglada 3.2.1.- INOPERATIVIDAD DE LA CRISIS ANTICIPADA POR INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA A) *En relación a los delitos leves de naturaleza patrimonial* B) *Particular referencia a la ocupación pacífica de bienes inmuebles* 3.3.- Delito perseguible de oficio 4.- Prescripción 4.1.- Prescripción del delito 4.1.1.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN A) *Plazo de prescripción de tres años* B) *Plazo de prescripción de cinco años* C) *Plazo de prescripción de un año* 4.1.2.- CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN 4.1.3.- INTERRUPTIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN 4.2.- Prescripción de la pena 4.2.1.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN A) *Plazo de prescripción de cinco años* B) *Plazo de prescripción de uno o cinco años*

1.- Punibilidad

El concepto de delito requiere la concurrencia del conjunto de elementos constitutivos del mismo: acción (acción en sentido amplio que engloba la acción y la omisión, humana, voluntaria y externa), tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, y para algunos (JUAN DEL ROSAL, POLAINO NAVARRETE...) *punibilidad*. La realización del injusto típico por un sujeto culpable, para llegar a ser delictiva, exige la *punibilidad*, último elemento esencial de configuración del concepto jurídico de delito¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁴ DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)*... *Op. cit.*, Págs., 320-330; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II*... *Op. cit.*, Págs., 16-22 y 179. “En resumen, y abstracción hecha de argumentos que no son del caso traer a colación, la *punibilidad* es carácter *esencial* del delito, habida cuenta de la contemplación del delito, dada en el orden punitivo vigente”. DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I*... *Op. cit.*, Pág., 492. “Respecto a la

Frente a esta conceptualización de la punibilidad que acabamos de exponer se discute si la misma es un elemento más del concepto de delito o si por el contrario constituye una categoría dogmática que, aunque pudiera tener incidencias importantes en el concepto de delito, opera al margen del plano del delito al expresar una cualidad que no es relativa al delito, sino a la consecuencia jurídica del mismo constituida por la pena¹⁰⁶⁵.

punibilidad, hay quienes piensan que su mención es tautológica, porque incluiría en el presupuesto: delito, lo que es su consecuencia, la pena. El argumento tendría fuerza si *toda* conducta típicamente antijurídica y culpable estuviera sancionada con una pena. Pero esto no es así. También en otras ramas del derecho hay conductas típicamente antijurídicas y culpables, y, sin embargo, no llevan consigo una pena. La punibilidad es la diferencia última entre el ilícito penal y las demás posturas antijurídicas ("postura de la resignación"). Por lo demás, hay que tener en cuenta que la relación entre la punibilidad y las restantes características del delito es de índole lógica, es decir, basta la imposición de una pena en *abstracto*; el que en concreto se haga efectiva, es otra cuestión". RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 330. "La punibilidad equivale a susceptibilidad, necesidad y merecimiento de pena de la realización del injusto típico y culpable. Es la característica del delito que expresa estas cualidades de la acción determinadas por las exigencias político-criminales acreditativas de la conveniencia y utilidad de la sanción penal en respuesta adecuada al comportamiento que de este modo deviene criminal. Sin la punibilidad el acto no llega a ser constitutivo de delito en sentido estricto... La punibilidad... en modo alguno puede ser identificada ni confundida con la penalidad: mientras la punibilidad constituye una característica esencial del concepto jurídico del delito, la penalidad representa una cualidad referida a la consecuencia jurídica del mismo que es la pena... La punibilidad es una característica esencial del delito, a la que corresponde incorporar en el concepto jurídico de delito las exigencias político criminales relativas a la posibilidad y conveniencia de incriminación de una conducta como delictiva y la adecuación de la sanción penal de la misma, de conformidad con la naturaleza de *ultima ratio* del ordenamiento punitivo y los fines esenciales de prevención criminal que la norma incriminadora ha de perseguir". POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Págs., 179-181.

¹⁰⁶⁵ MEZGER cuestiona este elemento y define el delito como "la acción típicamente antijurídica y culpable. Las características "acción", "antijuridicidad" y "culpabilidad" se conciben aquí, ante todo, como determinadas situaciones de hecho *sobre las* que recae el juicio del Juez y que, por tanto, constituyen presupuestos indispensables de dicho juicio para la imposición de la pena. Pero no debemos olvidar que todas estas características sólo hallan, en último extremo, en el mismo juicio del que juzga su valoración definitiva. Su constatación no puede tener lugar mediante un simple *juicio* sobre *lo que es*; dicha constatación siempre lleva en sí una determinada valoración normativa del estado de hecho, por tanto, un *juicio* sobre el *valor*, al lado del juicio sobre lo que es. Con la definición del delito que se expone... coincide, especialmente, M.E. MAYER... (el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable). De acuerdo con él... rechazamos la característica "sancionado con una pena" (v. LISZT-SCHMIDT... ALLFELD... GERLAND... WACHENFELD... HIPPEL...) o "cubierta con una sanción penal adecuada" (BELING...) pues supone repetir de modo inadmisibles en la definición el propio definido (tautología)". MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. Segunda edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946. Imp. Viuda de Galo Sáez. Págs., 161-162.

POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 179. "La constatación de la tipicidad y la antijuridicidad (de un hecho) y la culpabilidad (de su autor) permite afirmar la existencia de un delito. Y un delito, por regla general, es punible, esto es, permite imponer una pena a su autor. Sin embargo, en ciertos casos excepcionales, para poder castigar un hecho como delito se exige la concurrencia de algunos requisitos adicionales, que no se pueden reconducir ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y que conforman la categoría conocida como punibilidad... Por consiguiente, la punibilidad constituye una categoría dogmática independiente y autónoma que viene a adjetivar el concepto de delito. No es correcto afirmar que sólo es delito lo que es punible. Por el

Puede decirse como regla general, y transcribiendo a OCTAVIO DE TOLEDO Y HUERTA TOCILDO, que “cuando se dan todos los elementos del delito... (conducta típica, antijurídica y atribuible), la consecuencia inmediata es que resulta posible imponer la pena prevista al autor del hecho que reúne tales características. Sucede, sin embargo, que en ocasiones muy contadas por la ley, en atención a necesidades político-criminales, exige la presencia de ciertos requisitos o la ausencia de otros para posibilitar la imposición de una pena, no obstante haberse realizado una conducta típica, antijurídica y atribuible. Al conjunto de tales requisitos legales es a lo que se llamamos *punibilidad*: el último de los elementos que deben concurrir para que, en definitiva, pueda afirmarse que se ha cometido un delito”¹⁰⁶⁶.

Partiendo de la idea de que la punibilidad de un hecho no afecta para nada a los anteriores caracteres que el mismo ha de reunir para que pueda considerarse delictivo, podemos distinguir dentro de este elemento del delito entre:

- *Las condiciones objetivas de punibilidad*: aquellas condiciones de cuya materialización depende la imposición de la pena prevista para el autor de un hecho típico, antijurídico y atribuible¹⁰⁶⁷.

contrario, la punibilidad es una categoría que no se une a las que conforman el delito, sino que perfila el concepto de delito añadiéndole el matiz, básico por lo demás, de que la conducta calificada como delictiva resulta, además, punible. Y dado que, por regla general, una acción típica, antijurídica y realizada de forma culpable es punible, a la punibilidad no se le puede dar el mismo rango que a los elementos del delito (Roxin). No obstante, la categoría de la punibilidad no debe utilizarse como un cajón de sastre en el que situar todos aquellos elementos que excluyen la pena sin encajar en las categorías del delito. Dicho de otra manera: se hace necesaria la concreción del denominador común de los elementos de la punibilidad, es decir, de los motivos que llevan en un caso concreto a afirmar o negar la punibilidad de la conducta delictiva”. MORENO-TORRES HERRERA, M.R.: << Lección 11.- La Punibilidad >> en *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (DIR.) Y MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Pág., 161. Vid., GARCÍA PÉREZ, O.: *La Punibilidad en el Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1997.

¹⁰⁶⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Pág., 385.

¹⁰⁶⁷ “Son circunstancias objetivas que por razones de estricta utilidad en relación al bien jurídico protegido condicionan la imposición de la pena o su medida. Mientras las excusas legales absolutorias tienen un carácter *negativo*, excluyen la pena, éstas tienen un carácter *positivo*, condicionan la pena o su medida; si bien ambas en definitiva pueden tener el mismo efecto, ya que si no concurre una condición de punibilidad no podrá imponer pena a ese delito por falta de *necesidad* de ella”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 394. En relación a la usurpación pacífica, “no existen causas objetivas de punibilidad”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* Op. cit., Pág., 166.

- *Las condiciones personales de exclusión de la pena:* aquellas condiciones de cuya materialización depende la no imposición de la pena prevista para el autor de un hecho típico, antijurídico y atribuible. Consiste en que la persona autora del hecho reúne ciertas cualidades que impiden la imposición de la pena. Se trata de las excusas absolutorias e inviolabilidades¹⁰⁶⁸.

CEREZO MIR considera incorrecta la inclusión de la punibilidad en el concepto de delito pese a tener este elemento un contenido propio y hacer referencia a otros presupuestos de la pena, sobre la base de que las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias “son muy escasas en nuestro Código y no puede por tanto, decirse que constituyan elementos esenciales del delito”¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Pág., 385. “Se consideran tales: el art. 480.1, por el que quedará exento de pena el implicado en la rebelión que la revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias; los artículos... que declaran exento de responsabilidad penal al que regularice su situación tributaria o ante la Seguridad Social, o reintegre las cantidades recibidas en concepto de subvención pública, siempre que ello se haga antes de que se notifique la iniciación de una inspección o de que se haya interpuesto denuncia o querrela; y el art. 268.2, que declara exentas de responsabilidad a determinadas personas, por razón de parentesco con el sujeto pasivo, en determinados delitos contra el patrimonio por ellos cometidos. También se consideran en este grupo el desistimiento voluntario en la tentativa (art. 16.2) que, cuando evita la consumación del delito, excluye la pena ya fundada en la tentativa misma... Y finalmente, la inviolabilidad del Jefe del Estado y de los parlamentarios (arts. 56.3 y 71.1 CE)”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 401-402. “Resulta especialmente discutida la naturaleza y ubicación del desistimiento, tanto si opera en los actos preparatorios, como en la tentativa o en los delitos consumados, en los que la actuación posterior del autor evita ciertas consecuencias indeseables del hecho... La polémica está en este caso plenamente justificada porque el desistimiento presenta una doble cara. Por un lado, antes del acto del desistimiento el hecho era punible, por reunir los elementos necesarios de una figura de delito, bien como acto preparatorio o tentativa, bien como delito independiente con algún grado de anticipación de la tutela penal. En este sentido, parecería que no puede tratarse de elementos de una tipicidad que ya está presente, por lo que debería catalogarse entre las circunstancias que excluyen la punibilidad, en concreto entre las excusas absolutorias, solución ésta que es habitual en doctrina y jurisprudencia”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 14.- Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito. C.- Excusas absolutorias >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 406. BUSTOS RAMÍREZ, RODRÍGUEZ DEvesa Y SERRANO GÓMEZ incluye también el encubrimiento entre parientes. Vid., BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 392; RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 663.

¹⁰⁶⁹ CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen). Ed. Tecnos, 6ª edición, 1998; 6ª reimpresión, 2004. Madrid, 2004. Pág., 22. “La concurrencia de una acción o una omisión, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son elementos esenciales del concepto de delito. El delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable. En ocasiones la aplicación de la pena a una conducta típica, antijurídica y culpable está condicionada por la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad, como la garantía de reciprocidad en algunos delitos contra el Derecho de gentes... A veces la concurrencia de una excusa absolutoria, como una determinada relación de parentesco, en ciertos delitos contra la propiedad (art. 268) impiden también la

COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN definen las condiciones objetivas de punibilidad como “hechos futuros e inciertos (condiciones), independientes de la voluntad del autor (objetivas), que determinan la punición o la mayor o menor punición de la conducta, dividiéndose según produzcan la imposición de la pena o un aumento o disminución de la misma, en propias o impropias”; considerando que “no desempeñan una función estructural en la noción de delito”, pues, la infracción está ya completa, con independencia de que concurren o no. Repercuten tan solo sobre la penalidad, en base a consideraciones político-criminales, de naturaleza material¹⁰⁷⁰.

aplicación de la pena a una conducta típica, antijurídica y culpable. Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias obedecen a consideraciones de política criminal. En la excusa absolutoria del artículo 268, por ejemplo, el legislador considera preferible la renuncia a la imposición de la pena, que da lugar a una intromisión y grave deterioro en la vida familiar. Dada la existencia en nuestro Código de condiciones objetivas de punibilidad y de excusas absolutorias, podría pensarse en completar la definición de delito, diciendo que es la acción u omisión, típica, antijurídica y culpable, siempre que se den las condiciones objetivas de punibilidad y no concurre una excusa absolutoria. Podría simplificarse, incluso, la definición diciendo que es la acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible, incurriendo en una tautología meramente aparente (el delito es la acción u omisión punible) al incluir este último elemento, desde el momento en que tendría un contenido propio (condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias), distinto del de los caracteres o elementos anteriores de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La palabra "punible" aludiría aquí no a las consecuencias del delito, sino a otros presupuestos de la pena”. CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen)... *Op. cit.*, Pág., 20.

¹⁰⁷⁰ COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 430-431. “La punibilidad, es un elemento conceptual de toda definición del delito, pero no lo es estructuralmente. Un delito abstractamente no punible, no puede existir. Es decir, un delito conceptualmente requiere de la referencia a su consecuencia jurídica que es la pena. Pero un delito no penado, es algo que sí se puede dar, y no sólo se puede dar, sino que es frecuente que se produzca. Por multitud de razones que en la práctica se darán y convertirán en inviable la afirmación concreta de la pena. Por ejemplo, la prescripción legal del mismo. O la imposibilidad de desarrollar en un procedimiento la prueba del mismo. O por que no se ha denunciado. O por que se ha extinguido por muerte del reo. Etcétera”. SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 94. “Conceptualmente está clara la necesidad... de la utilización de la punibilidad (punible), entendida como posibilidad legal de pena. Por el contrario, esto no configura un nuevo elemento sistemático, o al menos un elemento tal no es necesario. Delito es hecho punible, pero no inexorablemente penado, aunque los hechos penados son, en todo caso, delitos. La punibilidad, por consiguiente, es una nota conceptual, pero no un elemento de la estructura del delito. Y no lo es debido a que no desempeña, ni tiene por qué, una función sistemática ni interpretativa propia y autónoma en la estructura del delito. El delito es perfecto, es completo, con la mera afirmación abstracta (conceptual) de su punibilidad, con independencia de su concreta y real punición. Por dicha causa, las denominadas "excusas absolutorias"... no afectan para nada al concepto y definición del delito, y no cabe, siquiera, extraer de ellas el más mínimo argumento para su formulación. El delito ya existe, es punible, pero no penado, precisamente porque aquellas se interfieren en el proceso de concreción y aplicación de la pena, y de ahí que su estudio deba llevarse a efecto fuera de la teoría jurídica del delito, en atención a no afectar ni conceptual ni estructuralmente a éste. Son causas específicas de exclusión de la pena, pero no de la punibilidad. Esta ya ha sido afirmada al margen de que aquellas existan o no”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 261.

En la misma línea que los anteriores autores, y cuya opinión compartimos, LUZÓN PEÑA, MUÑOZ CONDE, BUSTOS RAMÍREZ, MIR PUIG, MOLINA FERNÁNDEZ... rechazan la inclusión de la punibilidad como una categoría única e integrante del delito, como elemento esencial de éste; bien admitiendo la punibilidad pero no como elemento integrante del delito, sino dentro de la teoría de la pena como conjunto de presupuestos, distintos del delito, que permiten o impiden la imposición de la pena; bien como “cajón de sastre” o “lugar o vía de escape” en donde se mezcla un conjunto de criterios heterogéneos, no reconducibles a un denominador común, y donde por otra parte se quiere incluir aquellos requisitos que no se sabe muy bien cómo encajar en los elementos básicos de la estructura del delito¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷¹ “Pues bien, hay que advertir que efectivamente son heterogéneos los supuestos que se engloban bajo la rúbrica punibilidad, y por otra parte que ciertos supuestos que según algunos excluyen o afectan a la punibilidad deben resolverse ya con otros elementos del delito como la tipicidad penal o la culpabilidad. En cuanto a lo primero (que es lo más importante), no se puede considerar a la punibilidad como una categoría única e integrante en todo caso del delito, del hecho punible, como último requisito de éste. Pues hay circunstancias que efectivamente pertenecen al hecho, al delito mismo, mientras que otras son más bien condiciones personales del sujeto activo en el momento del hecho y, por último, otras se refieren a actuaciones posteriores al hecho y por tanto distintas del hecho mismo. En efecto, las “condiciones objetivas de punibilidad” son requisitos del propio delito (en sentido amplio). Pero las “causas personales de exclusión de la punibilidad” son condiciones del propio sujeto que por diversas razones de política criminal o de política jurídica general excluyen la responsabilidad penal del mismo por el hecho, por lo que se podría sostener que más que a la teoría del delito pertenecen a la teoría del sujeto activo o del “autor” (en sentido no estricto, incluyendo tanto a autores como a meros partícipes) como otro presupuesto de la pena distinto del delito; bien es verdad que pese a todo, en algunas de ellas, son circunstancias personales del autor, pero en relación precisamente con ese hecho y en el momento del hecho, por lo que también es posible, al igual que sucede con la culpabilidad (que se refiere a circunstancias del autor en relación con el hecho que permiten atribuírselo), sostener respecto de las causas personales de exención no de cualquier delito, sino de algunos delitos concretos, que son circunstancias que afectan al significado del hecho mismo y que excluyen su calificación como delito en sentido amplio. En cambio, ello ya no es posible en absoluto en las “causas personales de supresión o anulación de la punibilidad”, que consisten en una conducta del sujeto posterior al hecho y que permite según la ley suprimir la punibilidad que ya merecía el hecho. Como se trata de un comportamiento posterior y distinto del hecho mismo, no excluyen ni eliminan el delito (el hecho), sino que constituyen otros presupuestos de la pena (en este caso de exención de la misma) independientes del delito (del mismo modo, por lo demás, que en la teoría de la pena y sus presupuestos se contemplan otras circunstancias independientes del delito, como el “principio de oportunidad”, que puede impedir la aplicación de la pena, o como la personalidad u otras circunstancias personales del delincuente, que si son favorables, pueden motivar la atenuación o incluso suspensión o sustitución de la pena, y que, si son desfavorables pueden hacer que la pena se imponga en el límite máximo o que se aplique una medida de seguridad). Esto no obstante, aunque en puridad habría que dividir el estudio de la punibilidad entre la teoría del delito (y la de su autor) y la teoría de la pena, hecha esta advertencia, también se puede examinar conjuntamente los problemas que se agrupan bajo la rúbrica común de “punibilidad” al final de la teoría del delito e inmediatamente antes de la teoría de la pena, sin romper totalmente con el esquema más tradicional de exposición. Por otra parte hay que aclarar que los criterios del “merecimiento y la necesidad de pena” no constituyen un elemento autónomo del delito (ni siquiera englobado bajo la difusa categoría de la punibilidad), sino que operan, aunque desde perspectivas distintas, en todos los elementos del delito y también en otros presupuestos materiales y procesales de la pena”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., págs., 575-576. “Con la constatación de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad se puede decir que existe un delito con todos sus elementos. En algunos casos se exige, sin embargo, para poder castigar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad, ni en la antijuridicidad,

1.1.- Excusas absolutorias: Particular referencia al parentesco en los delitos patrimoniales no violentos

Las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad se engloban por la Doctrina española bajo la expresión común de *punibilidad*. Mientras que las primeras aparecen como circunstancias de carácter personal, las segundas aparecen como circunstancias objetivas, en relación a la imposición o medida de la pena. No guardan relación con el merecimiento de pena, ya que el hecho es típico, antijurídico y

ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político-criminal que tienen asignadas estas categorías. Difícil es, sin embargo, reconducir estos elementos adicionales y excepcionales a una categoría común, dada su diferente función y significado político-criminal... Se impone, pues, la elaboración de una sede sistemática en la que se incluyan estos elementos, que también condicionan la imposición de la pena en algunos delitos, pero que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad. Si se busca un nombre para denominar esta sede sistemática en la que puedan incluirse tales elementos, preferiría utilizar el más neutral de "penalidad", que otros llaman "punibilidad", "merecimiento" o "necesidad de pena". La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos. En la penalidad existen causas que la fundamentan (las llamadas *condiciones objetivas de penalidad*) y causas que la excluyen (las llamadas causas de exclusión o anulación de la penalidad o *excusas absolutorias*)". MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 399-400. "Conceptual y garantísticamente estas condiciones de punibilidad no hacen falta para determinar el presupuesto de la pena, esto es, el delito. Su introducción se debe entonces sólo a razones de necesidad de pena. No hay, pues, equivalencia entre estas condiciones y los demás elementos del delito... En definitiva, entonces para definir el delito no se requiere aludir a las condiciones de punibilidad, ya que no son constitutivas del delito, por una parte, y por otra, porque están en relación de dependencia respecto del injusto. Son consideraciones de necesidad o de política criminal respecto del injusto las que conducen a prescindir de la pena o morigerarla (se resuelve el conflicto social de un modo no traumático)". BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 227-228. "Se entiende el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable. Esta definición tiene dos partes. La primera, la antijuridicidad penal, exige la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación. La segunda, la imputación personal, requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una infracción personal de la norma primaria por parte del sujeto penalmente responsable. Por lo demás, al requerir que la antijuridicidad sea penal y que la misma sea imputable a un sujeto penalmente responsable, se hace innecesario añadir a la definición propuesta una nota independiente de punibilidad". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Págs., 139-140. "Se trata de una categoría residual que se define por exclusión. Abarca todas aquellas circunstancias positivas o negativas de naturaleza penal que condicionan la imposición o la medida de la pena y que no están relacionadas ni con el hecho delictivo en sí, esto es, con la presencia de una conducta humana lesiva (acción típicamente antijurídica), imputable a su autor (culpable), ni con su determinación procesal". MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 14.- Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito. A.- Punibilidad como presupuesto de la responsabilidad penal >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 403.

culpable, sino con la *necesidad de pena* en razón de la consideración estrictamente político-criminal de determinadas circunstancias¹⁰⁷².

Para SILVELA la exclusión de la pena “no se apoya en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca sujeto con condiciones de capacidad para poder responder, como acontece en las causas de no imputabilidad, sino que aparece más bien fundada en motivos transitorios y de conveniencia, correspondiendo a lo que hemos llamado política dentro del Derecho Penal. Considera el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle aun conociendo que existe delito, y que hay persona que de él pudiera responder”. De ahí se infiere que las excusas legales absolutorias *son circunstancias personales que por estrictas razones de utilidad (razones político-criminales) en relación a la protección del bien jurídico excluyen la imposición de pena a un delito*¹⁰⁷³.

¹⁰⁷² “La afirmación de que nos hallamos ante un *delito punible* exige la realización de dos valoraciones diferentes: En primer lugar, supone afirmar el merecimiento de pena, es decir, pronunciarse sobre la esencia del ilícito, constituido únicamente por el desvalor de acción realizado por un autor culpable (aspecto valorativo). Esto es, el merecimiento de pena depende únicamente de la concurrencia de un ilícito culpable (de un delito). En segundo lugar, significa constatar la concurrencia de la necesidad de pena, que podría esbozarse, en principio, como la utilidad o conveniencia político-criminal de la sanción penal (aspecto teleológico). Es decir, la comprobación de que el delito tiene que ser penado por no existir otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo (en definitiva, que no existen razones político-criminales que aconsejen o hagan imperativa la renuncia a la pena). Desde esta perspectiva, la necesidad de pena presupone siempre el merecimiento de pena y significa que el hecho, además de merecer la pena, necesita ser penado. Por el contrario, estimar que existe merecimiento de pena no significa todavía afirmar la punibilidad de la conducta, al menos en tanto no exista un pronunciamiento sobre la utilidad de dicha sanción penal. A este respecto, afirma Zielinski que “sólo el ilícito especialmente grave parece merecedor de pena; sólo acciones que están dirigidas contra los valores fundamentales de la comunidad jurídica o dejan sentir la ausencia de la orientación a estos valores fundamentales, deben ser evitadas bajo coacción penal, sea por prevención especial, sea por prevención general. Pero las acciones merecedoras de pena, así extraídas entre la cantidad de acciones contrarias a la norma, no son por ello solo, todavía, punibles. Tiene que existir mucho más aún la necesidad de la pena con relación a esos hechos”. Que las razones que conducen a la inclusión en el Código Penal de elementos que limitan o excluyen la punibilidad de determinados supuestos no son más que criterios político-criminales referidos a la necesidad de pena se pone de manifiesto en el hecho de que una misma situación pueda ser tratada por el legislador de forma bien diferente en momentos distintos. Piénsese, por ejemplo, en la excusa absolutoria contenida en el art. 268, 1 CP, que exime de responsabilidad criminal a determinados autores de delitos contra el patrimonio por razón de su parentesco con el sujeto pasivo”. MORENO-TORRES HERRERA, M.R.: << Lección 11.- La Punibilidad >> en *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (DIR.) Y MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 161-162.

¹⁰⁷³ SILVELA, L.: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Parte segunda*. 2ª edición notablemente aumentada con todas las disposiciones legales publicadas hasta el día, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo corregida por el autor y por D. Eugenio Silvela. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1903. Pág., 201. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Págs., 389-391; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*... *Op. cit.*, Pág., 663. En términos similares se muestra JIMÉNEZ DE ASÚA al definir la excusa absolutoria: “Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad

1.1.1.- ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL Y OCUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES

El ejemplo más indiscutido de excusa absolutoria en el Derecho penal español es la denominada excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales no violentos. Parafraseando a BUSTOS RAMÍREZ “se puede decir que es la excusa legal por excelencia”¹⁰⁷⁴.

Los delitos patrimoniales cometidos entre parientes son delitos con todos sus elementos integrantes, pero por razones político criminales no se sancionan. Es un ejemplo claro de causa excluyente de la punibilidad. Dispone el artículo 268, apartado primero del Código Penal: *“Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”*¹⁰⁷⁵.

pública; es decir, que son motivos de impunidad (como también las llama Vidal) *utilitates causa*”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito...* Op. cit., Pág., 433.

¹⁰⁷⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 393.

¹⁰⁷⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 14.- Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito. C.- Excusas absolutorias >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Pág., 406. La exigencia de que no concurra abuso de la vulnerabilidad de la víctima ha sido introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la cual en su Exposición de Motivos y en relación a la vulnerabilidad dispone: “Las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad. El texto original del Código Penal se refiere impropiamente a “minusvalía” o a “incapaces”, una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que debe sustituirse por los términos más adecuados de “discapacidad” y de “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”. A tal fin, se modifica el artículo 25 para actualizar tales términos y ofrecer una definición más precisa de las personas que constituyen objeto

En su apartado 2 se expresan con toda claridad las bases mismas de la excusa legal absolutoria al señalarse que “*esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito*”. Y ello es lógico y evidente, pues el delito está completo, se han dado los requisitos de tipicidad y antijuridicidad, luego los partícipes no cubiertos por la excusa legal absolutoria no pueden beneficiarse de ella. Por ello la excusa legal es siempre *personal*, aunque sea por razones de utilidad general, más siempre en relación a determinadas personas. De ahí, entonces, su clara diferencia con las causas de justificación, éstas no son personales, sino para todos en general, ya que el hecho típico no contraviene el ordenamiento jurídico¹⁰⁷⁶.

Siendo el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles resultado de una conducta punible consistente bien en penetrar en el inmueble que no es propio, o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida; o bien mantenerse en el mismo contra la voluntad del legítimo ocupante (y sea de una u otra forma perturbando a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo); no siempre la conducta será penada. Y ello no implica que se esté negando el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles (en cualquiera de sus dos modalidades –ocupar o mantenerse–), en absoluto,

de una especial protección penal. Tal modificación encuentra plena consonancia con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que establece en su disposición adicional octava que las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”. Y para mayor claridad y refuerzo de esta previsión, con la reforma se decide incorporar un apartado para que todas las referencias hechas en el Código Penal al término “minusvalía” se sustituyan por el término “discapacidad”, y que el término “incapaz” se sustituya por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”. *Vid.*, MARTÍNEZ GARAY, L.: << Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25) >> en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (DIR.); MATA LLÍN EVANGELIO, A., Y GÓRRIZ ROYO, E. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Págs., 125-149.

¹⁰⁷⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 393-394. “La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata, normalmente, de causas vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, sólo le afectan a él y no a los demás participantes en el delito”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 401. “El segundo apartado del CP art. 268 excluye del beneficio de la excusa absolutoria a los “extraños que participaren en el delito”. El fundamento de la excusa, como ha señalado la doctrina, aboga por interpretar la cualidad de extraños en función del grado de parentesco, lo que permite beneficiar al partícipe “intraneus” del hecho cometido por un autor “extraneus”. Si por el contrario se exigiese que el partícipe fuera un extraño, el “intraneus” que participa en el hecho del “extraneus” no podría beneficiarse de su relación personal con la víctima”. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 13ª.- Disposiciones comunes a los delitos patrimoniales >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1056.

pues el mismo puede existir, ser conocido su autor, quien puede realizar íntegramente la conducta tipificada en el artículo 245.2 del Código Penal, no existir obstáculo procesal alguno para su persecución, y sin embargo no castigarse el hecho cuando no existiendo violencia ni intimidación, ni abuso de la vulnerabilidad de la víctima (ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad) exista una relación parental entre el autor o partícipe del hecho con la víctima del delito¹⁰⁷⁷.

El reconocimiento por la Jurisprudencia *menor* de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal, en relación a la ocupación pacífica, tiene como consecuencia legal necesaria “la exención de responsabilidad criminal y con sujeción únicamente a la civil”, y la exclusión de la excusa a aquellos a quienes no alcanza por razón de parentesco. Nada impediría conforme establece el Tribunal Supremo que el autor beneficiado por la excusa absolutoria quedase sujeto a la responsabilidad civil *ex delicto* en la misma causa en que se haya podido decretar su absolución, excepto en los casos de renuncia o reserva de la acción civil¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁷ Cfr., SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Págs., 394-396. “La circunstancia mixta de parentesco, del artículo 23 del Código Penal, alcanza efectos eximentes de responsabilidad, por disposición del art. 268 de este mismo texto, y respecto de las personas indicadas en el mismo, en las usurpaciones que no precisen, como instrumento típico de comisión, la violencia o la intimidación contra las personas”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 347.

¹⁰⁷⁸ Vid., Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, A 31-7-2003, nº 63/2003, rec. 50/2003, Pte: Baz Vázquez, Silvia (EDJ 2003/127249): “En primer lugar, por lo que al delito de coacciones se refiere y tras un nuevo estudio de lo actuado, hemos de llegar a la misma conclusión que el Instructor, dado que, si bien en un caso como el descrito, los hechos no quedarían enmarcados en el delito de coacciones tal y como sostiene el recurrente, sino en todo caso y con carácter preferente, en el delito de usurpación del art. 245.2 CP (al ser éste el tipo penal especial frente a las coacciones en la resolución del concurso de leyes planteado conforme al art. 8 CP), lo cierto es que, aun partiendo de esta calificación penal, de todas formas habría que descartarlo *en razón a la concurrencia de la excusa absolutoria del art. 268 CP, al tratarse de un delito patrimonial causado entre descendientes y ascendientes, determinando en consecuencia la exención de responsabilidad criminal y con sujeción únicamente a la civil*. Lo expuesto además no puede desligarse el carácter fragmentario del derecho penal y del principio de intervención mínima que ha de informar esta materia”. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, A 19-1-2006, nº 13/2006, rec. 4/2006, Pte: Astray Chacón, María Pilar (EDJ 2006/4284): “El recurso no puede ser estimado, pues si bien es cierto se denuncia la ocupación de un inmueble sin autorización, y ello objetivamente pudiera constituir (o al menos exigiría una mínima investigación) un delito del art. 245.2 del C. Penal, no es menos cierto que en su escueto texto queda con claridad definida la relación familiar entre la titular del inmueble y el denunciado, ascendiente de la misma, por lo que, en todo caso, *al tratarse de delito patrimonial, procedería la excusa absolutoria del art. 268 del C. Penal y en consecuencia, como afirma el Auto recurrido, la cuestión planteada debe dilucidarse en el ámbito civil*”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, A 27-1-2006, nº 67/2006, rec. 7592/2005, Pte: Paúl Velasco, José Manuel de (EDJ 2006/330498): “En efecto, amén de no constar la ajenidad del inmueble que ocupa el denunciado, en cuanto dicho bien corresponde a la herencia yacente de su madre, brilla por su ausencia la violencia o intimidación en el acto de la ocupación, por lo que no estaríamos ante unos actos subsumibles en la usurpación de inmuebles del artículo 245.1 del Código Penal, sino ante la modalidad del artículo

245.2 , a la cual sería aplicable en todo caso la excusa absolutoria del artículo 268 del mismo Código. No existen, por otra parte, diligencias instructoras que no se hayan practicado ya y que puedan desvirtuar la patente atipicidad penal del supuesto acto usurpatorio o dar visos de sostenibilidad a la imputación adicional de amenazas, a la que de manera accesorio se refiere el recurso y que, en todo caso, no constituirían un medio comisivo de la pretendida usurpación sino un acto de agotamiento, como ejercicio del ius excludendi, de la apropiación del inmueble que se denuncia como improcedente y cuyo ajuste a Derecho deberán solventar los interesados ante el orden jurisdiccional civil”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, A 1-9-2008, nº 448/2008, rec. 4475/2008, Pte: González Fernández, Javier (EDJ 2008/252280): “Ahora bien, conforme al artículo 103 de la ley de Enjuiciamiento Criminal no "podrán ejercitar acciones penales entre sí: ... Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros". Como dice la sentencia del tribunal Supremo de 22-10-2007, "La nitidez de la norma... no admite interpretaciones". En consecuencia, tratándose el delito perseguido en este proceso de un delito contra el patrimonio, resulta patente la falta de legitimación activa de la apelante para sostener en esta alzada la pretensión de desalojo contra su hermano, único actual ocupante de la vivienda cuyo desalojo se solicita, procediendo desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida, aunque por los Fundamentos de la presente resolución. Dicho esto, conviene que el Juzgado Instructor se pronuncie sobre la legitimación de Dª Alejandra a los efectos totales del proceso en función de aquel precepto procesal y del artículo 268 del Código Penal, al menos en cuanto atañe al hermano de aquélla, lo que no entiende conveniente hacer ahora este tribunal dados los limitados términos del recurso de apelación y, sobre todo, porque así se salva el derecho de todas las partes a la segunda instancia”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, A 19-11-2008, nº 784/2008, rec. 716/2008, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2008/283974): “Es cierto que los querellantes son hermanos de Héctor y que no consta que el mismo haya utilizado ningún tipo de violencia o intimidación para ocupar las plazas de aparcamiento mencionadas, por lo que, a primera vista, los hechos relatados por los querellantes deben ser subsumidos en el apartado segundo del art. 245 del Código Penal, lo que podría comportar que se apreciara la concurrencia de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del Código Penal, tanto en relación al delito de usurpación como al delito de estafa. *Sin embargo, es patente que dicha excusa absolutoria no alcanza al querellado Ángel Daniel*”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2012/119783): “Efectivamente, la citada excusa absolutoria sería aplicable de ser la hermana del acusado la única propietaria de la vivienda ocupada, pero no cuando pertenece conjuntamente a otra persona que resulta, igualmente, víctima del delito y respecto al cual no le ampara dicha excusa, pues no está incluido dentro del elenco de familiares señalados en el art. 268 del C. Penal para excluir de responsabilidad penal del apelante en este tipo de delitos económicos. La titularidad dominical de la sociedad de gananciales formada por África y su ex-esposo Jaime respecto del inmueble cuya ocupación ilegal se examina, resulta de las pruebas practicadas en las actuaciones, y ha sido ratificada por los afectados en el acto del plenario, por lo que la conclusión adoptada en la instancia resulta plenamente acreditada”. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-3-2014, nº 175/2014, rec. 1314/2013, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2014/26553): “Así, ya se ha dejado expresado que esta Sala tiene declarado, como es exponente la Sentencia 361/2007, de 24 de abril, que el artículo 268 del Código Penal establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos ("están exentos de la responsabilidad penal y sujetos únicamente a la responsabilidad civil..."). Tal afirmación normativa puede ser entendida en el sentido *de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a fin de que, una vez apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil*. Y se añade que no faltan precedentes jurisprudenciales que han considerado que *el autor beneficiado por la excusa absolutoria queda sujeto a la responsabilidad civil ex delicto en la misma causa en que se haya podido decretar su absolución, excepto en los casos de renuncia o reserva de la acción civil* (cfr. STS 23 de mayo de 1970). También, la STS 719/1992, 6 de abril, con cita de la STS 10 de mayo de 1988, estimó que ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil, como en el supuesto realizó el Ministerio Fiscal, según lo prevenido en el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existen datos suficientes para su concreción, *pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil*. Y en la misma línea se pronuncia la más reciente sentencia 412/2013, de 22 de mayo, en la que se expresa, recogiendo sentencias anteriores, que tal afirmación normativa puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a fin de que, una vez apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil, y no faltan precedentes

A) *Fundamento*

Esta renuncia que el legislador hace a la responsabilidad criminal (dejando subsistente la civil), se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el artículo 268 del Código Penal, porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema *per se* dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y *última ratio*, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad¹⁰⁷⁹.

Precisamente, el fundamento de la excusa absolutoria inserta en el artículo 268 del Código Penal hay que buscarlo en el respeto al ámbito familiar, en donde el legislador ha considerado que no se diriman sus controversias, afectantes a elementos

jurisprudenciales que han considerado que el autor beneficiado por la excusa absolutoria queda sujeto a la responsabilidad civil ex delicto en la misma causa en que se haya podido decretar su absolución, excepto en los casos de renuncia o reserva de la acción civil. En esta dirección la STS. 198/2007 de 5.3 ratificando doctrina anterior de la STS 719/1992, 6 de abril, señala "...lo mismo si se considera a la llamada "excusa absolutoria" como excusa "personal" que libera de pena, consecuencia y no componente del tipo delictivo, como lo entienden las SS. de 23 de junio de 1972 y 10 de mayo de 1988, como si se conceptúa a la "punibilidad" como elemento esencial e integrante de la infracción... ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil... según lo prevenido en el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existe datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil, como dice la Sentencia antes citada, de 10 de mayo de 1988"".

¹⁰⁷⁹ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-3-2003, nº 334/2003, rec. 2915/2001, Pte: Giménez García, Joaquín (EDJ 2003/6581); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-1-2006, nº 91/2006, rec. 72/2005, Pte: Monderde Ferrer, Francisco (EDJ 2006/11975); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 24-4-2007, nº 361/2007, rec. 2412/2006; Pte: Marchena Gómez, Manuel (EDJ 2007/28984); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-6-2010, nº 618/2010, rec. 51/2010, Pte: Colmenero Menéndez de Lurca, Miguel (EDJ 2010/153038); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-5-2013, nº 412/2013, rec. 1604/2012, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2013/78314); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-7-2013, nº 577/2013, rec. 1562/2012, Pte: Monderde Ferrer, Francisco (EDJ 2013/136120).

típicos que incidan en el patrimonio o la propiedad, fuera de todo acto de violencia, por el Derecho penal sino por el Derecho privado¹⁰⁸⁰.

En opinión de RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ los efectos de esta excusa absolutoria pueden ser contraproducentes al no existir hoy una cohesión familiar ni unos lazos tan estrechos; siendo mejor remedio para los fines que persigue el legislador transformar los delitos susceptibles de ser abarcados por el artículo 268 del Código Penal en delitos perseguibles a instancia de parte, dejando en manos del perjudicado la apreciación de si es oportuno ejercitar acciones penales o perdonar¹⁰⁸¹.

B) Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la excusa legal absolutoria por razón de parentesco en los delitos patrimoniales permite distinguir entre un ámbito personal y otro real.

La Jurisprudencia ha mantenido respecto a la interpretación de tal excusa absolutoria una línea rígida, de modo que ésta, en cuanto norma de privilegio, no admite interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas

¹⁰⁸⁰ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-4-2005, nº 91/2005, rec. 1094/2003, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2005/68319). “De acuerdo con la doctrina, su fundamento se encuentra en razones de índole político-criminal muy diversas, entre las que se encuentra el menor reproche social que merecen, de acuerdo con las concepciones sociales de nuestro entorno cultural, este tipo de comportamientos entre parientes, así como en la falta de necesidad de intervención penal en el ámbito familiar en relación con comportamientos de tipo patrimonial, que debe restringirse al máximo. El carácter amplio del precepto, tanto por lo que se refiere a la excepción (total) de pena con carácter preceptivo para el juez, como por lo que se refiere al círculo subjetivo de parientes afectados, tiene en cuenta quizá el modelo de familia que (aunque con matices) prevalece en la sociedad española, muy arraigado y en el que es posible encontrar una concepción del patrimonio familiar más difusa o compartida entre los miembros de la familia que en la mayoría de países europeos de tradición no mediterránea, más individualistas. Ello es notable si se compara, por ejemplo, este precepto con el precepto homólogo del Código penal alemán, en el que la excusa entre parientes queda degradada en realidad a un mero requisito de perseguibilidad”. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 13ª.- Disposiciones comunes a los delitos patrimoniales >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.).... *Op. cit.*, Págs., 1054-1055. “Así sucede, por el interés de protección jurídica de la familia para no deteriorar aún más las relaciones familiares (política jurídica) y dado que no se trata de delitos muy graves (razones de política criminal), en la exención personal de parientes próximos en diversos delitos contra el patrimonio no violentos, que se prevé en muchos ordenamientos”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 581.

¹⁰⁸¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 665.

que las expresamente recogidas en el texto legal; pero, al propio tiempo, como normas favorables al reo, tampoco admiten una interpretación restrictiva “contra reo”¹⁰⁸².

a) Ámbito de aplicación personal

El artículo 268 del Código Penal se refiere a los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, ni abuso de la vulnerabilidad de la víctima (ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad), “los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos”.

➤ *Cónyuges*

Se exige que los cónyuges no estén separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio¹⁰⁸³.

Pese a tratarse de una norma de privilegio que no admite interpretaciones extensivas a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal, el Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 1 de marzo de 2005 del Pleno

¹⁰⁸² Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-1-1996, nº 23/1995, rec. 746/1995, Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDJ 1996/107); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-12-2002, nº 2176/2002, rec. 2024/2001, Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDJ 2002/59912); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-4-2005, nº 91/2005, rec. 1094/2003, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2005/68319); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-7-2013, nº 577/2013, rec. 1562/2012, Pte: Monterde Ferrer, Francisco (EDJ 2013/136120).

¹⁰⁸³ “El Código Penal declara exentos de responsabilidad criminal a los cónyuges, exigiendo para otorgar eficacia a la excusa la existencia de un matrimonio vigente. No distingue qué clase de matrimonio sea, entendemos que puede ser cualquiera, celebrado con arreglo a la Ley personal de los contrayentes y que se le reconozca eficacia por la Ley española. Se requiere que los cónyuges no estén separados legalmente o de hecho. No es preciso que exista una Sentencia firme en la que se declare la separación, disolución o nulidad matrimonial, bastando con que se inicie o esté en curso el procedimiento matrimonial correspondiente para no quedar los sujetos amparados por la excusa (art. 268 CP)”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... Op. cit., Pág., 399. “Entre los aspectos positivos de la legislación contenida en el Título XIII del N.C.P., podría destacarse... La modificación de la excusa absolutoria entre parientes de algunos delitos contra la propiedad y el patrimonio, exigiendo que los cónyuges no estén separados o en proceso de divorcio (en razonable línea de lo que ya es doctrina del TS aunque con mayor respeto, ahora, al principio de legalidad)”. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: << Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal (Consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.) >> en *Cuadernos de Política Criminal*... Op. cit., Pág., 428.

de la Sala Penal del Tribunal Supremo ha dicho: “Primer Asunto: Posible aplicación de excusa absolutoria en delitos patrimoniales a personas unidas por una relación de afectividad semejante al matrimonio. Acuerdo: *A los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial*”¹⁰⁸⁴.

Sorprende que por vía interpretativa se quiera por parte del Tribunal Supremo “irrogarse funciones legislativas” equiparando el matrimonio a las convivencias *more uxorio*, pues el legislador cuando ha querido equipararlas a efectos penales lo ha hecho como v.gr., en la circunstancia mixta de parentesco (art. 23)¹⁰⁸⁵, pena accesoria privativa de derechos (art. 57.2)¹⁰⁸⁶, condiciones de suspensión de la pena privativa de libertad (art. 83.2)¹⁰⁸⁷, condición de suspensión de la pena privativa de libertad al pago de multa (art. 84.2)¹⁰⁸⁸, lesiones cualificadas (art. 148.4)¹⁰⁸⁹, malos tratos en el ámbito familiar

¹⁰⁸⁴ *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 24.*

¹⁰⁸⁵ Artículo 23.- “*Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente*”.

¹⁰⁸⁶ Artículo 57.- “*2.- En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior*”.

¹⁰⁸⁷ Artículo 83.- “*2.- Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado anterior*”.

¹⁰⁸⁸ Artículo 84.- “*2.- Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común*”.

¹⁰⁸⁹ Artículo 148.- “*Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: ... 4.º Si*

(art. 153.1)¹⁰⁹⁰, amenazas en el ámbito familiar (art. 171.4)¹⁰⁹¹, coacciones en el ámbito familiar (art. 172.2)¹⁰⁹², maltrato habitual (art. 173.2)¹⁰⁹³, descubrimiento y revelación de

la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

¹⁰⁹⁰ Artículo 153.- “1.- El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

¹⁰⁹¹ Artículo 171.- “4.- El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

¹⁰⁹² Artículo 172.- “2.- El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

¹⁰⁹³ Artículo 173.- “2.- El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

secretos (art. 197.7)¹⁰⁹⁴, soborno en causa criminal a favor del reo (art. 425)¹⁰⁹⁵, solicitud sexual por parte de funcionario público (art. 443.1 y 3)¹⁰⁹⁶, encubrimiento entre parientes (art. 454)¹⁰⁹⁷, y delitos de terrorismo (art. 577.2 párrafo 3)¹⁰⁹⁸; “sin que aparezca razón alguna para presumir que ello sea debido a un olvido del legislador y no a la exclusiva voluntad de éste”, como afirma RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁴ Artículo 197.- “7.- Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

¹⁰⁹⁵ Artículo 425.- “Cuando el soborno mediar en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año”.

¹⁰⁹⁶ Artículo 443.- “1.- Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior. 3.- En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad”.

¹⁰⁹⁷ Artículo 454.- “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451”.

¹⁰⁹⁸ Artículo 577.- “2.- Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida a que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. Asimismo se impondrán estas penas a los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello. Las penas se impondrán en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando los actos previstos en este apartado se hubieran dirigido a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos”.

¹⁰⁹⁹ RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.: << Artículo 268 >> en *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias*. RODRÍGUEZ RAMOS, L. (DIR.), Y MARTÍNEZ GUERRA, A. (COORD.). Ed. La Ley, 4ª edición. Madrid, 2011. Pág., 2715. Con anterioridad al referido acuerdo no jurisdiccional se disponía por el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-12-2002, nº

2176/2002, rec. 2024/2001, Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDJ 2002/59912): "Al amparo del art. 849.1 LECrim, se denuncia infracción de ley por indebida inaplicación de la excusa absolutoria que establece el art. 268 CP en relación con el delito de hurto por el que fue condenado el ahora recurrente una vez que la sentencia declara probado que la víctima del hecho era compañera sentimental del acusado desde hacía aproximadamente un año. Argumenta el motivo que "parece suficientemente fundado que la relación de ambos constituye una situación análoga a la relación de afectividad derivada del matrimonio, contemplada y aceptada por el artículo 23 del Código Penal..." y, partiendo de esa base, sostiene que dicha relación entre sujeto activo y pasivo del delito debe incluirse en el art. 268 que exime de responsabilidad penal al autor cuando el delito sea de carácter patrimonial y no se utilice violencia o intimidación. El motivo debe ser desestimado, pues, así como el legislador ha incluido la relación de analógica equiparable a la matrimonial en determinados preceptos del Código Penal, no lo ha hecho en otros casos. Véase que tal equiparación aparece en el art. 23 que regula la circunstancia mixta de parentesco que invoca el recurrente. Igual ocurre con el art. 454 que declara exentos de las penas impuestas a los encubridores a quienes lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por analógica relación de afectividad, así como la misma equiparación se hace en el art. 153 que tipifica la denominada "violencia doméstica". Sin embargo, la fórmula legal utilizada en estos preceptos brilla por su ausencia en el art. 268, que en ningún momento incluye tal similitud a efectos de extender la excusa absolutoria a personas ajenas a las relacionadas en el precepto, sin que aparezca razón alguna para presumir que ello sea debido a un olvido del legislador y no a la exclusiva voluntad de éste, en armonía con la jurisprudencia de esta Sala que, al interpretar el antiguo artículo 564 declaraba que "ha de estarse a los términos en que está concebido tal artículo sin extensiones ni recortes que lo desnaturalicen y la de que, hecho presupuesto normativo de la excusa el vínculo matrimonial, ha de tomarse éste tal cual es sin condicionamiento alguno, de donde resulta, de un lado que la misma no puede aplicarse a los casos de vida marital extraconyugal, y, de otro, que no cabe rechazar su vigencia y aplicabilidad cuando los cónyuges estén separados judicialmente, o de hecho, si no media sentencia de nulidad o divorcio, que es la que rompe la unidad matrimonial, por lo que este motivo debe estimarse desde luego en el supuesto de autos" (STS de 21 de mayo de 1991); doctrina reiterada por la posterior STS de 22 de enero de 1996, que insiste en afirmar que las excusas absolutorias las establece la ley por motivos de política criminal, y en cuanto normas de privilegio, no admiten interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal". Se justifica el cambio interpretativo por el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 2-7-2013, nº 577/2013, rec. 1562/2012, Pte: Monterde Ferrer, Francisco (EDJ 2013/136120): "Las diversas modificaciones del Código penal han venido equiparando la situación legal matrimonial a la de aquellas personas ligadas por analógica relación de afectividad. Así, los artículos 23, 57, 173.2, 424, 443, 444 y 454. Concretamente, este último también establece una excusa absolutoria para los encubridores, y cita especialmente este tipo de relación analógica a la matrimonial. En estos términos: "están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por analógica relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del núm. 1º art. 451". Para resolver esta cuestión es preciso partir de tres premisas. En primer lugar, que el Código penal no contiene definiciones generales acerca de la familia y utiliza el término familia y los grados de parentesco de forma diversa a lo largo de su articulado. En segundo lugar, que la interpretación legal es distinta en cuanto beneficia al acusado que en aquello que lo perjudica, conforme al aforismo "odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda", que tiene plasmación en nuestro ordenamiento punitivo tanto en la prohibición de analogía in malam partem (art. 4.1 CP y art. 4.2 CC), lo que conduce a la interpretación extensiva y favorable de aquellos elementos beneficiosos para el acusado. En tercer lugar, es preciso tener en cuenta la realidad social que ha producido una evolución en la familia, tanto en sus contenidos como en sus fundamentos. Precisamente, el fundamento de la excusa absolutoria inserta en el art. 268 del Código penal hay que buscarlo en el respeto al ámbito familiar, en donde el legislador ha considerado que no se diriman sus controversias, afectantes a elementos típicos que incidan en el patrimonio o la propiedad, fuera de todo acto de violencia, por el derecho penal sino por el derecho privado. La jurisprudencia ha mantenido respecto a la interpretación de tal excusa absolutoria una línea rígida, de modo que ésta, en cuanto norma de privilegio, no admite interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal. Ahora bien, esta cuestión ha sido objeto de Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, celebrado el pasado día 1 de marzo de 2005 EDJ 2005/13135, en que se acordó lo siguiente: "A los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial". Para llegar a esta interpretación se tuvo en cuenta, aparte de la realidad social, en tanto que en este concreto aspecto el Código penal no responde a los parámetros de los

➤ *Ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado*

Las ocupaciones de bienes inmuebles que recíprocamente se puedan causar entre sí padres e hijos, aunque sean adoptivos, quedan amparadas por la presente excusa absolutoria. Aunque expresamente no se mencionan los términos “abuelos y nietos”, han de entenderse igualmente incluidos en el término legal “ascendientes y descendientes”, sin que ello sea incurrir en interpretación extensiva de la norma penal ni analogía prohibida¹¹⁰⁰.

Con relación a la necesidad de convivencia de este segundo grupo de familiares a los que les alcanza la excusa absolutoria, el Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 15 de diciembre de 2000 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo ha dicho: “*No se exige la convivencia entre hermanos, para la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal*”¹¹⁰¹.

modelos familiares actuales, la consideración de un criterio analógico a favor del reo, conforme a la Constitución, que conduce a aceptar la equiparación entre el cónyuge y la persona ligada por una relación análoga de afectividad, a los efectos de aplicar la referida excusa absolutoria. No obstante, se definió como límite de incuestionable concurrencia la existencia de una situación de estabilidad que pudiera equiparar ambas situaciones. Solamente tal estabilidad, puede dar lugar a la equiparación propugnada. De igual modo, tal vínculo ha de subsistir para que pueda darse entrada a este privilegio, del mismo modo que ocurre con las personas unidas en matrimonio, sin que puedan ampararse en el mismo cuando concurre una situación de separación legal o de hecho. El tercer límite lo constituye el que tales acciones típicas se hayan producido entre ellos exclusivamente, sin que puedan entrar en su órbita terceras personas a las que afecte el delito”.

¹¹⁰⁰ Cfr., SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Pág., 400.

¹¹⁰¹ *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013.* Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 14. “El Código Penal no distingue si se trata de hermanos procedentes de una filiación matrimonial o no matrimonial. Bien es cierto, que colocados todos los hijos en pie de igualdad, conforme al artículo 39 de la Constitución y 108 y siguientes del Código Civil, esto hoy resulta irrelevante, la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal alcanzará tanto a unos como a otros, con independencia de que los hermanos sean unos procedentes de una filiación matrimonial o no matrimonial, incluso adoptivos, es indiferente”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Págs., 400-401. SILVA SÁNCHEZ plantea una posibilidad alternativa a la interpretación de este artículo al considerar que “la excusa absolutoria sería aplicable sólo en la medida en que subsistiera, en el caso concreto, una estructura familiar capaz de restablecer la vigencia de la norma de modo “funcionalmente equivalente” a la pena. Algo que, ciertamente, no tendría por qué coincidir necesariamente con la constatación de una convivencia entre los parientes afectados”. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: << Hermanos, pero no “primos”. Los delitos patrimoniales y el alcance de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. Una crítica a la doctrina del Tribunal Supremo >> en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Tomo de Jurisprudencia. Nº 4. Año 2001. Pág., 1551.

Sorprende este criterio de no exigencia de la convivencia frente al empleado por Fiscalía General del Estado en relación con otras conductas como las tipificadas en los artículos 153.2º y 173.2º del Código Penal (violencia doméstica) que se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, en los que se concluye que los Srs. Fiscales entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta (hoy delito leve)¹¹⁰².

En sintonía con Fiscalía General del Estado que exige la convivencia para apreciar la existencia de determinados delitos; el mismo requisito consideramos necesario para la aplicación de la excusa absolutoria, pues, de no ser así, como dice GARCÍA-CALVO Y MONTIEL en voto particular, “se homologarán jurídicamente situaciones de esperpéntica impunidad en las que, a pesar de no existir vínculo afectivo o de convivencia e, incluso, estar presentes reales enfrentamientos entre hermanos,

¹¹⁰² Consulta 1/2008, de 28 de julio de 2008, de la Fiscalía General del Estado, acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del Código Penal. El Fiscal General del Estado. Dispone el artículo 153.2 del Código Penal: “Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”. Y el artículo 173.2: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

podrán llevarse a cabo todo tipo de actos depredatorios, expoliatorios o defraudatorios (eso sí, sin concurrir violencia o intimidación) bajo el amparo protector de la "fraternidad"¹¹⁰³.

Pese a los criterios expuestos y a lo que se establecía en el Texto Refundido de 1973, que exigía expresamente la convivencia a los hermanos y cuñados (art. 564.3º), el artículo 268 del vigente Código Penal, sólo exige convivencia a los cónyuges, a los cuñados (afines colaterales en primer grado), suegros (afines en línea recta ascendente en primer grado), yernos y nueras (afines en línea recta descendente en primer grado), no a los ascendientes, descendientes, ni hermanos¹¹⁰⁴.

¹¹⁰³ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 20-12-2000, nº 1801/2000, rec. 819/1999, Pte: Granados Pérez, Carlos (EDJ 2000/52788): "Voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la sentencia recaída en el recurso de casación Núm. 819/99. Mi discrepancia alcanza obviamente al extremo relativo a la fundamentación jurídica de la resolución y, consecuentemente, al contenido de la deliberación. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada ahora recurrida condenó al acusado como autor de una falta de hurto por haber sustraído a su hermano un ciclomotor valorado en 45.000 pesetas, rechazando la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Nuevo Código Penal dado que "el acusado y perjudicado no vivían juntos, requisito que es aplicable a todos los supuestos previstos en dicho artículo, como se desprende claramente del caso de los cónyuges que sí están separados aunque sea de hecho, no puede operar la mencionada circunstancia". Frente a tal determinación se alzó el recurrente al entender (apoyado por el Ministerio Público) que, a diferencia de lo previsto en el artículo 564 del Código Penal derogado, la redacción del Nuevo Código Penal no condiciona la aplicación de la excusa absolutoria. Pues bien, dado que existía una Sentencia (la de 26-6-2000) en la que se acogía la tesis del Recurso y dicho criterio no era compartido por quién ahora discrepa como Ponente que habría de redactar la Sentencia la Sala llamada a decidir ante la discrepancia surgida y con el fin de unificar o rectificar el criterio a seguir en lo sucesivo, sometió a la consideración del Pleno la cuestión, la cual, en definitiva, no es sino puro reflejo de la que existe en el campo doctrinal, donde algunos autores sostienen la innecesariedad de la convivencia entre hermanos y otros afirman la necesaria concurrencia de dicha circunstancia "ya que el Nuevo Código sigue el mismo criterio del derogado y amplía simplemente la excusa absolutoria a los hermanos por adopción, pero siempre a condición de que vivan juntos". La resolución dictada acoge la decisión mayoritaria resultante de la referida reunión plenaria del 15-12-2000, más ello no impide que quien discrepa pueda (en exclusiva y única oportunidad) exponer su determinación, puesto que una interpretación gramatical, lógica y sistemática (esta sí excluyente del absurdo) es, a su juicio, dadas las razones de Política Criminal que justifican la previsión normativa cuya aplicación se cuestiona, la que, abona la tesis de la Sentencia recurrida. De ello son reflejo tanto las precisiones en torno a las situaciones de ruptura matrimonial como la locución adverbial y coyuntural normativamente utilizada en el Texto Legal que, según el Diccionario de la Real Academia Española denota comparación equivalente "a de igual manera que". De no ser así se homologaran jurídicamente situaciones de esperpéntica impunidad en las que, a pesar de no existir vínculo afectivo o de convivencia e, incluso, estar presentes reales enfrentamientos entre hermanos, podrán llevarse a cabo todo tipo de actos depredatorios, expoliatorios o defraudatorios (eso sí, sin concurrir violencia o intimidación) bajo el amparo protector de la "fraternidad". Al considerar que el legislador no ha querido tal resultado al regular -aun cuando sea con confusa sintaxis- la excusa absolutoria del art. 268 del C. Penal vigente, muestro mi disconformidad en este Voto Particular".

¹¹⁰⁴ Disponía el artículo 564 del Código Penal 1973: "*Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren: 1º.- Los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la misma línea. 2º.- El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona. 3º.- Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos. La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del*

delito". Y en relación a la afinidad: "Según el Diccionario de la Real Academia Española, acepción tercera, el "parentesco por afinidad" es el parentesco que mediante el matrimonio se establece entre cada cónyuge y los deudos por consanguinidad del otro. En la literatura jurídica no toda la doctrina comparte que la afinidad constituya parentesco pero en bastantes ocasiones se utiliza la misma terminología... La definición del DRAE, citada por muchas sentencias y conforme con la noción del Digesto y las Partidas, omite que la afinidad también nace en virtud de la filiación adoptiva, del mismo modo que hay que equiparar al parentesco por consanguinidad de los arts. 915 a 920 CC el que surge de la adopción... El adoptado no solo es hijo del adoptante, con los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico con filiación establecida, sino que también es hermano de los demás hijos del adoptante, nieto de los padres del adoptante y sobrino de los hermanos del adoptante, de modo que tiene idéntica posición familiar que el hijo por naturaleza. Parentesco y afinidad se adquieren sea por *ius sanguinis* o por adopción, tanto da pues el adoptado adquiere el completo *status familiae* correspondiente a su filiación... El matrimonio determina que los parientes consanguíneos de cada cónyuge sean afines del otro. Pero los supuestos en que tiene eficacia suelen tener cierta identidad de razón con los lazos de proximidad que genera la relación de pareja estable, especialmente si hay descendencia común. En tales casos se habla de *afinidad natural*, y también de *pseudoafinidad* y *cuasi afinidad*... La afinidad es jurídicamente relevante en diversos ámbitos y administraciones y tribunales acuden a fuentes distintas para el conocimiento de su contenido y efectos, en ocasiones, con referencias discutibles. En bastantes resoluciones el TS recurre a las Partidas. Algunas son antiguas, como la de la STS, criminal, de 21 de enero de 1924 (Jurisprudencia criminal, t. 111, Madrid, 1928, págs. 48 a 51) pero también las hay recientes, y suelen acudir a esa jurisprudencia del siglo pasado para fundamentar sus resoluciones. Así, la STS, penal, de 15 de septiembre de 1986 cita, además de la anterior, las SSTS de 6 de junio de 1920 y de 6 de junio de 1928 que (como dice), se inspiraron en Las Partidas (Jurisprudencia criminal, t. 117, Madrid, 1932, págs. 590 y 591). A las mismas fuentes se atienen los dos magistrados que firman el voto particular formulado a la STC 13/1995, de 24 de enero, para conocer el contenido del *parentesco ficto, por afinidad o cuñadía según el Rey Sabio*, como lo denominan... Hay también jurisprudencia que sencillamente considera "que es sabido" si existe o no afinidad. Es un argumento bastante común que se encuentra en SSTS de unos veinte años atrás y cuyo núcleo de la cuestión litigiosa es la afinidad... Sin embargo y aunque se "dé por sabido" en muchas resoluciones, el estudio de la jurisprudencia muestra que muchos aspectos atinentes a la afinidad no están claros y que se dictan pronunciamientos contradictorios. Obviamente la consideración de la afinidad en cada ámbito jurídico puede no coincidir pues su relevancia tiene perfiles distintos y muchos matices. Puede ser razonable que jueces y tribunales consideren de modo distinto la relación de afinidad a efectos penales, en que priman el reproche social y la sanción, a como lo harían para establecer otras consecuencias civiles o laborales... Los cónyuges no son parientes entre sí (aunque en términos coloquiales se hable de "la parienta", no al revés), salvo que antes de casarse ya lo sean pues el art. 47 CC no impide que se casen, por ejemplo, dos primos carnales (parientes consanguíneos de cuarto grado) o tío y sobrina (tercer grado). El matrimonio origina la relación de afinidad de otras personas pero se discute si los cónyuges son afines entre sí. La opinión dominante es que no hay parentesco directo por matrimonio pero se ha cuestionado esta conclusión por la falta de regulación expresa en contra y lo aconsejable de considerarlos parientes según las convicciones imperantes en la sociedad. La relación entre ambos tiene connotaciones análogas al parentesco y la afinidad. Aunque alguna sentencia ha afirmado que los esposos tienen "parentesco de afinidad en primer grado" a los efectos del art. 20.2 b) Ley de Procedimiento Administrativo (STS, Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 1999; Rec. 7932/1992) no es así porque en primer grado de afinidad están los hijastros (hijos e hijas del cónyuge) y los yernos y nueras (cónyuges de los hijos), como afirman respectivamente para cada caso la STS, Civil, de 6 de mayo de 1988 (Ponente: Morales Morales) y la STS, Civil, de 28 de octubre de 1965... Los hermanos de cada cónyuge son afines del otro (cuñados). Sin embargo, la afinidad no alcanza a los afines de uno y otro entre sí: *adfinis inter se non sunt afines*. Los denominados concuñados, consuegros, etc. no son afines, aunque en los usos sociales puedan considerarse allegados. Así se afirmó en las Partidas y en la STS, Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª, de 20 de diciembre de 1994; Rec. 6445/1991 (entre dos concuñados, casados con dos hermanas no hay afinidad) y la STS, Social, de 18 de febrero de 1998 (Rec. 539/1997)... La afinidad concierne a las dos personas unidas por tal nexo. Mis afines son tanto los hermanos de mi cónyuge como los cónyuges de mis hermanos. La bilateralidad o simetría se da entre los dos implicados en la afinidad... Las normas que aluden a la afinidad presuponen que se computa por grados, como el parentesco por consanguinidad, pero no hay norma escrita que lo afirme expresamente. La jurisprudencia considera unánimemente que el sistema de cómputo de la afinidad es el del art. 918 CC por analogía con el parentesco consanguíneo. En este sentido, la STS, criminal, de 21 de enero de 1924 (Jurisprudencia criminal, t. 111, pág. 50) dice que si bien no cabe predicar la existencia de grados en el parentesco por afinidad porque "no median generaciones entre ellos (pues no se da el hecho de la

b) Ámbito de aplicación real

El ámbito objetivo de aplicación de esta excusa absolutoria se circunscribe por expresa indicación legal, a los delitos patrimoniales comprendidos en los Capítulos I al IX, del Título XIII del Libro II, del Código Penal, en los que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.

Estos delitos son: el hurto, el robo con fuerza en las cosas, el robo y hurto de uso de vehículos de motor, las usurpaciones no violentas (menos la del art. 245.1 CP)¹¹⁰⁵, la estafa, la apropiación indebida¹¹⁰⁶, las defraudaciones de fluido eléctrico y

generación entre ascendientes comunes: art. 915 CC) por analogía se aplican las mismas reglas establecidas para el parentesco de consanguinidad y como en éste el hijo dista un grado de su padre o madre, por no mediar entre uno y otros más que una generación, en el de afinidad, el hijo político o hijastro distará también un grado de su padrastro o de su madrastra...". También, la STS, Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 1981 (Ponente: Botella Taza) y la de lo social, de 18 de febrero de 1998 (Rec. 539/1997). Podría añadirse el art. 919 CC, a cuyo tenor "El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias"... La jurisprudencia antigua afirmó que la muerte de uno de los cónyuges no extingue la afinidad. Así, las SSTs ya citadas de lo criminal, de 21 de enero de 1924 (Jurisprudencia Criminal, RGLJ, t. 111, Madrid, 1928, núm. 17, págs. 48 a 50) y 6 de junio de 1928 (Jurisprudencia criminal, t. 117, núm. 266, págs. 590 y 591), citadas por la STS, Social, de 15 de septiembre de 1986 (Ponente: Vivas Marzal) para la misma conclusión. Pero ambas anudaban tal conclusión a la vigencia del impedimento matrimonial entre afines. Con posterioridad, alguna sentencia consideró la cuestión dudosa, como la STS, social, de 18 de febrero de 1998 (Rec. 539/1997) que indicó además que todavía es más complejo en el supuesto de divorcio de los cónyuges (FD 3)... La STS, penal, 1056/2005, de 27 de septiembre (Rec. 684/2004) que consideró que "el parentesco por afinidad se genera y sostiene en el matrimonio" y que desaparecido éste, desaparece la afinidad. Se trata de una sentencia que así lo afirma *obiter dicta* en relación al art. 103.2 LECrim., a cuyo tenor, "tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 2º. Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros"... La afinidad entre los parientes de cada cónyuge con el otro tiene consecuencias jurídicas de trascendencia. Pese a ello, no existe norma escrita que establezca su régimen jurídico: causas de nacimiento, contenido y si el fallecimiento y divorcio del cónyuge que sirve de enlace han de provocar su extinción, o si ello depende de que se contraigan ulteriores nupcias, pues indudablemente se originarán nuevos vínculos de afinidad". MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: << El parentesco por afinidad: Una laguna del Código Civil >> en *Diario La Ley*. Nº 8390, Sección Doctrina, 2 de octubre de 2014, Año XXXV. Ed. La Ley. Págs., 2-7.

¹¹⁰⁵ "A diferencia del Código de 1973 el actual (en su artículo 268) extiende la excusa absolutoria entre parientes a los delitos de usurpación". GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 381. "A diferencia de la ocupación violenta es alcanzado por la excusa absolutoria de parentesco en el art. 268 del Código penal". SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 423.

¹¹⁰⁶ El Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 25 de octubre de 2005 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo ha dicho: "Primer Asunto: ¿Es posible subsumir en la apropiación indebida las distracciones económicas realizadas sobre bienes gananciales por un cónyuge en perjuicio de otro? Acuerdo: "El régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de

análogas, las insolvencias punibles¹¹⁰⁷ y los daños (salvo en los que concurren medios violentos o no medie la necesaria relación personal de parentesco con el sujeto pasivo, persona física y respecto de los bienes de propiedad de éste último)¹¹⁰⁸, así como las correspondientes faltas (delitos leves desde la reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo) de cada figura enumerada, de existir.

Por el contrario, no parece que deban comprenderse dentro del ámbito de las excusas absolutorias otros delitos patrimoniales de alcance más supraindividual, como la alteración de precios en concursos y subastas públicas, al afectarse un interés más próximo a los intereses protegidos en los delitos propiamente dichos “contra el orden socioeconómico” y no puramente patrimoniales, salvo quizá en los casos en que la conducta sólo tenga efectos en empresas familiares propias de los parientes enumerados en el artículo 268 del Código Penal. Igual argumento es predicable desde la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, a los delitos de administración desleal, anteriormente ubicados entre los delitos societarios.

apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en caso, de la excusa absolutoria del Art. 268 CP””. *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013*. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 27.

¹¹⁰⁷ “La opinión dominante considera, acertadamente, que la causa personal de exclusión de la pena contenida en el art. 268 es aplicable al delito de alzamiento de bienes (y, en general, a todos los delitos de insolvencia), dado que es un delito de naturaleza “patrimonial” que se incluye en uno de los capítulos “anteriores” al capítulo X y que no requiere violencia ni intimidación entre sus elementos típicos (ni tampoco “abuso de la vulnerabilidad de la víctima”, que es el nuevo requisito introducido en la reforma de 2015). De esta opinión dominante únicamente se aparta, por lo que alcanzo a ver, Pérez Manzano (P.E., p. 343), sobre la base de entender que las insolvencias punibles no serían delitos patrimoniales en sentido estricto. Sin embargo, esta opinión no puede ser atendida a la vista de la naturaleza jurídica que aquí hemos atribuido a los delitos en comentario (vid. también explícitamente en este sentido Huerta Tocildo, p. 795). En la jurisprudencia también se admite: vid. p. ej., Ss AP Santander 24-3-08, Tenerife 4-2-11, aunque existen sentencias que no la aplican (vid., p. ej., SAP Santander 19-6-07). Ahora bien, tras la nueva redacción otorgada por parte del legislador del CP de 1995 ha quedado claro que esta causa de exclusión de la pena no viene en aplicación, empero, en el caso de que los cónyuges “estuvieran separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio”. A través del reconocimiento de esta excepción el legislador ha ofrecido un respaldo explícito a la interpretación que mayoritariamente había venido sustentando la jurisprudencia, amparándose en razones de justicia material que a la sazón eran tan evidentes como carentes de apoyo legal. La oportunidad de esta excepción es, pues, innegable, puesto que de otro modo no sería posible castigar por alzamiento a un cónyuge que, inmerso en un proceso judicial de separación, provoca dolosamente su insolvencia para eludir precisamente las responsabilidades pecuniarias que se derivan de ese proceso”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición. Valencia, 2015. Págs., 68-69.

¹¹⁰⁸ En relación a la aplicación de esta excusa absolutoria con el delito de daños, *Vid.*, SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)...* *Op. cit.*, Págs., 406-407.

Por la misma razón, no parece que dicha excusa debiera ser aplicada en los daños del art. 263.2.4º, y 265 del Código Penal, ni en los daños con resultado de peligro para la vida o integridad de las personas del artículo 266 del mismo cuerpo legal¹¹⁰⁹.

C) Toma de postura

Lo expuesto hasta ahora sería de perfecta aplicación si considerásemos el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles como un delito exclusivamente patrimonial como lo entiende la generalidad de la doctrina y jurisprudencia.

La tesis sostenida por nosotros conforme a la cual nos encontramos ante un delito pluriofensivo que pretende proteger no sólo el patrimonio inmobiliario, sino también la seguridad del tráfico jurídico y el orden público nos lleva a excluir la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal a los supuestos de ocupación pacífica de bienes inmuebles cometidos entre parientes. Y ello,

¹¹⁰⁹ GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 13ª.- Disposiciones comunes a los delitos patrimoniales >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1055. Dispone el artículo 263: “2. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el apartado anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes: 4.º Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal”. Y el artículo 265.- “El que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el daño causado excediere de mil euros”. Por su parte, establece el artículo 266: “1.- Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el apartado 1 del artículo 263 mediante incendio, o provocando explosiones, o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva o que genere un riesgo relevante de explosión o de causación de otros daños de especial gravedad, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas. 2.- Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiere los daños previstos en el apartado 2 del artículo 263, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior. 3.- Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que cometiere los daños previstos en los artículos 265, 323 y 560, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado 1 del presente artículo. 4.- En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados anteriores, cuando se cometieren los daños concurriendo la provocación de explosiones o la utilización de otros medios de similar potencia destructiva y, además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas, la pena se impondrá en su mitad superior. En caso de incendio será de aplicación lo dispuesto en el artículo 351”. “La aplicación de la excusa absolutoria al delito de daños sugiere alguna reflexión. En particular consideramos difícil que este privilegio parental pueda admitirse en algunos supuestos comprendidos del artículo 264, como el número 4 [hoy 263.24º] que se refiere a los daños “que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal”, o los comprendidos en el artículo 265 (daños a establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, (...)) etc.), y artículo 266 por la evidente razón de que ha de mediar una necesaria relación personal de parentesco con el sujeto pasivo, persona física y respecto de los bienes de propiedad de éste último”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... *Op. cit.*, Pág., 406.

porque aunque por emplazamiento sistemático se encuentre entre los delitos patrimoniales anteriores al Capítulo X, del Título XIII, que regula esta excusa absolutoria, no constituye misión inexcusable del legislador atribuir una designación correcta a las rúbricas que encabezan los títulos, capítulos o secciones, agrupando las infracciones penales en orden a su naturaleza y de conformidad con el bien jurídico protegido. Circunstancia que no puede obviar la labor del estudioso del Derecho penal que, con una actitud crítica, ha de determinar adecuadamente el bien o interés que se proteja en cada caso.

No puede dejar de reseñarse, en relación al artículo 268 del Código Penal, que los delitos y los parientes enumerados lo son taxativamente y en relación de *numerus clausus*, y por lo tanto, no cabe extender su aplicación ni a parientes distintos ni a infracciones diversas a las mencionadas expresamente. Si bien, tampoco puede desconocerse, como sostiene el Tribunal Supremo, que no se puede aplicar a *infracciones de otra naturaleza*, en los que el bien jurídico protegido es la fe pública, la credibilidad o cualquier otro no patrimonial; teniendo siempre presente además que este precepto es de carácter excepcional (y por lo tanto, de interpretación restrictiva o al menos no extensiva)¹¹¹⁰.

¹¹¹⁰ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-6-1981, Pte: Vivas, Luis (EDJ 1981/4763): En cuanto a su naturaleza, se ha sostenido sucesivamente que se trata de una causa de inculpabilidad, de exclusión del injusto y hasta de inexigibilidad de conducta; pero es más certero considerar que lo establecido en el precepto es una causa de exclusión de la punibilidad o excusa absolutoria similar a las contenidas en los artículos 18, 226 y 563 bis b), párrafo segundo, del Código Penal. La jurisprudencia ha interpretado el artículo estudiado de modo restrictivo o al menos no extensivo, afirmando que los delitos y los parientes enumerados en el artículo 564 lo son taxativamente y "numerus clausus" y que, por lo tanto, no cabe extender su aplicación ni a parientes distintos ni a infracciones diversas a las mencionadas expresamente, agregando que como quiera que el artículo 564 se halla en el seno del Título XIII del Libro II del Código Penal, es decir, bajo el epígrafe de "Delitos contra la propiedad" no se puede aplicar a infracciones de otra naturaleza en los que el bien jurídico protegido es la fe pública, la credibilidad o cualquiera otro no patrimonial (véanse sentencias de 10 de octubre de 1892, 22 de abril de 1929, 10 de febrero de 1930, 3 de febrero de 1947, 30 de enero de 1951, 14 y 25 de enero y 12 de diciembre de 1955, 22 de mayo de 1956, 12 de mayo de 1956, 15 de marzo de 1969, 23 de enero de 1970 y 27 de octubre de 1977), habiendo declarado concretamente las sentencias ya citadas de 22 de abril de 1929, 10 de febrero de 1930 y 23 de enero de 1970, que no refiriéndose el artículo 564 a las falsificaciones como medio de cometer estafa o sin ese propósito, no se les puede aplicar el referido precepto, el cual tiene siempre carácter excepcional". Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-3-2003, nº 334/2003, rec. 2915/2001, Pte: Giménez García, Joaquín (EDJ 2003/6581); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-1-2006, nº 91/2006, rec. 72/2005, Pte: Monterde Ferrer, Francisco (EDJ 2006/11975); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 24-4-2007, nº 361/2007, rec. 2412/2006, Pte: Marchena Gómez, Manuel (EDJ 2007/28984): "Recordemos que la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente Código Penal, equivalente al art. 564 del anterior Código Penal se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema *per se* dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la

2.- Penalidad

2.1.- Clasificación formal de los delitos: Por la magnitud de la pena

Las acciones punibles se clasifican, en razón de su gravedad (clasificación formal) en delitos graves, delitos menos graves, y delitos leves (art. 13 CP). Hasta la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la división era igualmente tripartita, si bien se distinguía entre delitos graves, delitos menos graves, y faltas¹¹¹¹.

actuación penal de mínima intervención y última *ratio*, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, *de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad*".

¹¹¹¹ La clasificación legal de los delitos se encuentra en el artículo 13 del Código Penal, al disponer: "1.- Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. 2.- Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. 3.- Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. 4.- Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve". "Esta distinción entre penas graves, menos graves y [leves] afecta fundamentalmente a los plazos de prescripción de los delitos (vid. arts. 131.1 y 2 y 133 CP) y de cancelación de los antecedentes penales (art. 136 CP), así como al período de seguridad en el acceso al tercer grado penitenciario (art. 36.2 CP). Por otro lado, la diferenciación del art. 13 CP resulta coherente con el criterio de distribución de competencia material entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales, por lo que respecta a los delitos con pena de prisión (vid. art. 14 LECrim): así, se atribuye a los Juzgados el conocimiento de los hechos imputados con menos de 5 años de prisión (delitos menos graves), y a las Audiencias, los imputados con más de 5 años (delitos graves)". ESQUINAS VALVERDE, P.: << Lección 6.- Delitos de acción. La tipicidad (I) >> en *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (DIR.) Y MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Pág., 94. "Uno de los rasgos más característicos de la reforma penal (y procesal) operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015) ha sido la supresión del Libro III del CP que, bajo la rúbrica general de las "Faltas y sus penas", trataba en cuatro títulos separados de las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público. La supresión formal del Libro de las faltas no ha supuesto la desaparición de la totalidad de las infracciones penales leves en él descritas: una parte, más bien exigua, ha quedado definitivamente despenalizada y entregada a otras formas de reacción jurídica-sancionadora (administrativa o civil), mientras que el resto subsiste bajo la forma de delitos leves, de modo que el Código, aunque reducido a dos Libros, establece una división tripartita de las infracciones penales, que ahora se denominan delitos graves, menos graves y leves en atención a la naturaleza de sus respectivas penas (art. 13 CP). Los delitos leves conservan en su mayoría la configuración típica que era característica de la correspondiente falta y su forma de enjuiciamiento tampoco experimenta un cambio radical, pues el nuevo procedimiento para el juicio sobre delitos leves que se desarrolla en el Libro VI LECrim reproduce las características definitorias del juicio de faltas, particularmente su concentración de actos, simplificación de formas y oralidad". *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*. Págs., 1-2. Vid., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: << Supresión de las faltas y creación de los delitos leves >> en *Comentarios a la*

Si no era posible establecer una diferenciación *cualitativa*, apriorística, entre los delitos y las faltas antes de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, menos aún lo será entre los delitos leves y el resto de delitos (graves y menos graves) tras la referida reforma y desaparición de las faltas. La distinción entre unos y otros es meramente *cuantitativa*, esto es, en función de la gravedad de la pena que señala el Código, y, por lo tanto, *a posteriori*. Lo mismo puede decirse de las penas. Entre penas graves, menos graves y leves no existe una diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa (v. gr., privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores)¹¹¹².

La clasificación de los delitos en graves, menos graves, o leves viene, por tanto, determinada por la gravedad, por la magnitud de la pena (pena grave, menos grave o leve) que tenga asignado el delito en cuestión; para lo cual ha de estarse a la clasificación que de las penas, *en función de su naturaleza y duración*, enumera el artículo 33 del Código Penal¹¹¹³.

Reforma del Código Penal de 2015. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (DIR.); MATALLÍN EVANGELIO, A., Y GÓRRIZ ROYO, E. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Págs., 45-81.

¹¹¹² Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 352; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 205-207; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 281-283; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 247-248; “Si entre lo ilícito civil, administrativo, disciplinario y penal existen únicamente diferencias cuantitativas... difícilmente podría haber en el ámbito de lo ilícito penal diferencias cualitativas entre los delitos y las faltas”. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen)... *Op. cit.*, Págs., 26-27. “El criterio material para distinguir las tres modalidades de infracción es la gravedad del hecho cometido, pero el criterio formal, que es en definitiva el que alude el CP art. 13, es el de la magnitud de la pena asociada a la comisión del hecho”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 4.- Definición de delito y falta >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 111.

¹¹¹³ Dispone el artículo 33 del Código Penal: “1.- En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. 2.- Son penas graves: a) La prisión permanente revisable. b) La prisión superior a cinco años. c) La inhabilitación absoluta. d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años. e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años. g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años. h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años. i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. k) La privación de la patria potestad. 3.- Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años. b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años. c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años. e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas

Para saber en definitiva cuándo nos hallamos ante un delito grave, menos grave o leve, hay que conocer la pena que en el precepto penal correspondiente se asigna al hecho en cuestión y luego ver si esa pena se califica conforme al referido artículo 33 como pena grave, menos grave o leve. Ha de atenderse a una *consideración abstracta* de la pena. La norma se refiere a la pena nominalmente asignada al delito, la determinada por la ley, que es antecedente y presupuesto de la pena judicialmente determinable tras

de un año y un día a ocho años. f) *Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de un año y un día a cinco años.* g) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.* h) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.* i) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.* j) *La multa de más de tres meses.* k) *La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.* l) *Los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y un días a un año.* 4.- *Son penas leves: a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.* b) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.* c) *Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año.* d) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.* e) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.* f) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.* g) *La multa de hasta tres meses.* h) *La localización permanente de un día a tres meses.* i) *Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.* 5.- *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.* 6.- *Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código.* 7.- *Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional.* b) *Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.* c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.* d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.* e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.* f) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.* g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.*

la práctica de las operaciones jurídicas de individualización reguladas en el Capítulo II del Título III del Libro I CP (en función del grado de desarrollo del *iter criminis*, grado de participación del sujeto, concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, etc.)¹¹¹⁴.

2.1.1.- DELITO LEVE VS. DELITO MENOS GRAVE

La herramienta hermenéutica básica para discernir los delitos leves de los menos graves la suministra el art. 13, en sus apartados 3 y 4. Dice el apartado 3 que “*son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve*” y el 4, en su segundo inciso, que “*cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve*”.

Tras la reforma del Código Penal por la referida Ley Orgánica 1/2015, lo que acredita la levedad de la infracción es el *umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo*, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el art. 33.4 CP, el delito es leve aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el art. 33.3 CP a su modalidad menos grave.

Cabe destacar, por la especial eficacia delimitativa que adquieren en la clasificación de los tipos penales, que el tramo penal leve alcanza hasta (inclusive) un año en las penas de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores y del derecho a la tenencia y porte de armas (art. 33.4, a) y b) CP), tres meses en la multa (art. 33.4, g) CP), y la localización permanente (art. 33.4, h) CP), y treinta días en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 33.4, i) CP)¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 205-206. *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*. Pág., 5.

¹¹¹⁵ Artículo 33.- “4. Son penas leves: a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año... g) La multa de hasta tres meses. h) La localización permanente de un día a tres meses. i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días”.

Está claro, por lo tanto, que si el delito tiene asignada una sola pena, será leve si el tracto de ésta discurre por completo en el tramo leve¹¹¹⁶.

2.1.2.- DELITO GRAVE VS. DELITO MENOS GRAVE

La frontera entre el delito grave y menos grave se delimita en sentido inverso, en función del *techo o límite máximo de cuantía o tiempo de la pena asignada* a la correspondiente figura típica, conforme dispone el primer inciso del art. 13.4 CP: “*cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave*”¹¹¹⁷.

2.2.- Clasificación legal de las penas

La clasificación legal de las penas, conforme a los artículos 32 y 33 del Código Penal, atiende a tres criterios: el de su gravedad, el de su posición funcional, y el de su naturaleza.

- *Por su gravedad:* Como hemos visto el artículo 33 clasifica las penas en graves, menos graves y leves.
- *Por su posición funcional:* Se distingue entre penas principales y accesorias. Así dispone el artículo 32 que “*las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal, bien como accesorias...*”. Las penas principales son las que se aplican directamente en razón del delito, y las accesorias las que se aplican al

¹¹¹⁶ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Págs., 5-6.

¹¹¹⁷ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Págs., 5-6.

delito en razón de haberse impuesto otra principal. (Como penas accesorias *Vid.*, arts. 54-57 CP)¹¹¹⁸.

- *Por su naturaleza:* La naturaleza de las penas se diferencia atendiendo al derecho del que privan. Así el artículo 32 establece que las penas a imponer pueden ser “*privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa*”. Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 36 CP). Son penas

¹¹¹⁸ Las penas accesorias se regulan en los artículos 54 a 57, los cuales integran la Sección 5ª, del Capítulo I, del Título III, del Libro I del Código Penal que tiene por rúbrica “De las penas accesorias”. Disponen así, estos artículos: Artículo 54.- “*Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo*”. Artículo 55.- “*La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia*”. Artículo 56.- “*1.- En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 1º.- Suspensión de empleo o cargo público. 2º.- Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3º.- Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código. 2.- Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas*”. Artículo 57.- “*1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea. 2.- En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior. 3.- También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves*”.

privativas de otros derechos la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho, la suspensión de empleo o cargo público, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal, la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, los trabajos en beneficio de la comunidad y la privación de la patria potestad (art. 39 CP). La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria (art. 50.1 CP)¹¹¹⁹.

2.3.- La ocupación pacífica: Un delito leve por error del legislador

La pena que fija el legislador para la ocupación pacífica de bienes inmuebles en sus dos modalidades (ocupar o mantenerse), es “*pena de multa de tres a seis meses*” (artículo 245.2 *in fine*)¹¹²⁰.

¹¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 503-506; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 825-827; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 679-683; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 15.- Penas. Sección 1.- Clases y efectos >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 417-423; PERIS RIERA, J.: << Quinta Parte. I.- La consecuencia más esencial del delito: La pena. 2.- La pena: Concepto, funciones, fines, justificación y clases >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Págs., 223-225.

¹¹²⁰ HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Pág., 165; GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Pág., 16. “Pena. Multa de tres a seis meses”. LANDECHO VELASCO, C.Mª, Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial... Op. cit.*, Pág., 201. “Pena. Multa de tres a seis meses”. SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial... Op. cit.*, Pág., 409. “La pena prevista para estos comportamientos es la de tres a seis meses”. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I. Delitos contra bienes jurídicos individuales... Op. cit.*, Pág., 506; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología... Op. cit.*, Pág., 242. “La pena será la de multa de tres a seis meses”. NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento

Pese a no haber sufrido la redacción del artículo 245.2 del Código Penal ninguna reforma desde su introducción en el Código Penal de 1995, tras la reforma de éste por la Ley Orgánica 1/2015, la pena de tres a seis meses de multa ha dejado de ser una pena menos grave para pasar a ser una pena leve, con la inevitable consecuencia de producir en la ocupación pacífica de bienes inmuebles (y en otros delitos) una *degradación sobrevinida de delito menos grave a delito leve*. Y ello porque como ya hemos expuesto con anterioridad se tiene por leve, el delito cuya pena arranque del ámbito leve, aunque su extensión se dilate por el tracto asignado a su modalidad menos grave en el art. 33.3 del Código Penal¹¹²¹.

mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 381. "La pena a imponer es de multa de tres a seis meses". VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1207. "La pena es de multa de tres a seis meses". MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Pág., 479. "En relación con la pena se castiga con multa de tres a seis meses". FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*... *Op. cit.*, Pág., 1318.

¹¹²¹ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Pág., 6; OBSERVATORIO DE LA JUSTICIA Y DE LOS ABOGADOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID: *Asistencia Letrada al detenido en delitos leves: Preceptividad de nombrar Letrado a la luz de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Área Procesal Penal. Madrid, a 9 de octubre de 2015*. Págs., 3-4 y 7. "El Gobierno ha detectado fallos o disfunciones importantes en el Código Penal que entrará en vigor el próximo 1 de julio y que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el pasado 31 de marzo. El Ministerio de Justicia estudia estos días cómo solucionarlo, en contacto con la Fiscalía General del Estado, cuya secretaría técnica está a punto de elaborar una circular con instrucciones para aplicar el nuevo Código Penal. Una de las posibilidades que estudian los técnicos del Ministerio es intentar modificar *in extremis* el Código Penal con enmiendas en el Senado a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se tramita en este momento. La principal dificultad de esa solución es la temporal, porque es muy difícil que el trámite de esa norma acabe antes del 1 de julio. La introducción de un nuevo párrafo al artículo 13.4 del Código Penal que asegura que "cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve" ha producido el efecto automático, no deseado ni advertido por el legislador, de degradar a la categoría de delito leve (antiguas faltas) un número determinado de delitos menos graves castigados con penas a caballo entre las penas leves y las menos graves y por lo tanto dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo. Los 16 delitos afectados van desde la detención ilegal, la omisión del deber de socorro, la ocupación no violenta de edificios y algunos tipos de apropiaciones indebidas. El proyecto de Ley llegó al Congreso el 24 de septiembre de 2013 de modo que ha habido más de año y medio de tramitación en el que se podía haber detectado y solucionado el problema que ha pasado desapercibido tanto para el Ministerio de Justicia como para los responsables de su tramitación parlamentaria y que sólo ha sido advertido una vez que tanto prácticos como teóricos del derecho han comenzado su estudio de cara a su inminente aplicación... La consecuencia práctica de lo que algunos han llamado "secuelas colaterales" como el catedrático de Derecho Penal de Córdoba Juan José González Rus en un artículo en la Ley y que son inherentes a este despiste del legislador son numerosos problemas de índole sustantivo y procesal como los relativos a los plazos de prescripción de delito, posibilidad de suspensión de las penas e incluso de aplicación de la ley más favorable, entre otros muchos. Hay otro efecto técnico complicado de solucionar, según admite el

Ministerio de Justicia como es el relativo a la competencia para su enjuiciamiento. Los delitos leves tienen un procedimiento de enjuiciamiento distinto, similar al de las antiguas faltas cuyo conocimiento está atribuido a los Jueces de instrucción y uno de los delitos menos graves que pasarían como consecuencia de esta reforma a ser delito leve, como el delito de omisión del deber de socorro es de los que están previstos para el tribunal del jurado, lo que está expresamente excluido de ese proceso específico". GAREA, F.: << El nuevo Código Penal del PP incluye errores en las penas de 16 delitos >> en *El País. Madrid* 18/06/2015. http://elpais.com/politica/2015/06/18/actualidad/1434619468_407334.html. "A los efectos que estamos tratando, conforme a la LO 1/2015, son delitos leves (s.e.u.o.) las siguientes figuras delictivas: 1. Delitos que tienen señalada como pena única la multa de uno a dos meses: art. 147.3 (maltrato de obra sin causar lesión; actual falta del art. 617.2) y art. 254.2 (apropiación indebida, si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros; equivalente a la falta del art. 623.4). 2. Delitos que tienen señalada pena de multa de uno a tres meses (hasta 90 días): art. 147.2 (lesiones no constitutivas de delito; falta del art. 617.1); art. 171.7 (amenazas leves; falta del art. 620.1); art. 172.3 (coacciones leves; falta del art. 620.2.º); art. 203.2 (allanamiento del domicilio de personas jurídicas o establecimientos abiertos al público; falta del art. 735); art. 234.2 (hurto, cuando el valor de la cosa no exceda de 400 euros; falta del art. 623.1); art. 236 (furtum possessionis, cuando el valor de la cosa no exceda de 400 euros; falta del art. 623.2); art. 246.2 (alteración de términos o lindes, cuando la utilidad reportada no exceda de 400 euros; falta del art. 624.1); art. 247.2 (distracción de aguas, si la utilidad reportada no excede de 400 euros; falta del art. 724.2); art. 249, párr. 2.º (estafa, si la utilidad reportada no excede de 400 euros; falta del art. 623.4); art. 252.2 (administración desleal del patrimonio ajeno, cuando el perjuicio no exceda de 400 euros); art. 253.2 (apropiación indebida, si la cuantía de lo apropiado no excede de 400 euros; falta del art. 623.4); art. 255.2 (defraudación de energía, de cuantía no superior a 400 euros; falta del art. 623.4); art. 256.2 (utilización no autorizada de terminales de comunicación, si el perjuicio no excede de 400 euros; falta del art. 623.4); art. 263.1, párr. 2.º (daños, si la cuantía no excede de 400 euros; falta del art. 625.1); art. 386.3 (expedición o distribución de moneda falsa recibida de buena fe si el valor aparente no excede de 400 euros; falta del art. 629); art. 389, párr. 2.º (distribución o utilización de sellos o efectos timbrados falsos adquiridos de buena fe, si el valor no excede de 400 euros; falta del art. 629); art. 402 bis (utilización indebida de uniforme, traje o insignia oficial; falta del art. 637), y art. 556.2 (falta de respeto o consideración debida a la autoridad; falta del art. 634). 3. Delitos que tienen señalada como pena única la multa de uno a cuatro meses: art. 171.7, párr. 2.º (amenazas leves a las personas del art. 173.2; actual falta del art. 620, párrafo último); art. 172.3, párr. 2.º (coacciones leves a las personas del art. 173.2; falta del art. 620, párrafo último); art. 173.4 (injuria o vejación leve a las personas del art. 173.2, falta del art. 620, párrafo último). 4. Delitos que tienen señalada como pena única la multa de uno a seis meses: art. 337.4 (maltrato a animales domésticos; relacionado con la falta del art. 632.2) y art. 337 bis (abandono de animales; relacionado con la falta del art. 631.2). 5. Delitos que tienen señalada como pena única la multa de tres meses en adelante: art. 142.2 (homicidio por imprudencia menos grave); art. 152.2 (lesiones de los arts. 149 y 150, por imprudencia menos grave); art. 163.4 (detención ilegal de una persona para presentarla a la autoridad); art. 195.1 (omisión del deber de socorro); art. 236.1 (furtum possessionis); art. 245.2 (ocupación no violenta de inmuebles); art. 246.1 (alteración de términos o lindes); art. 247.1 (distracción de aguas); art. 254.1 (apropiación indebida); art. 255.1 (defraudación de energía eléctrica y análogas); art. 256 (utilización no autorizada de terminales de telecomunicación); art. 267 (daños por imprudencia grave); art. 324 (daños por imprudencia grave en archivos, registros, etcétera); art. 397 (libramiento de certificados falsos por facultativo); art. 399.1 (falsificación de certificados por particular); art. 456.1.3.º (acusación y denuncia falsa de un delito leve); art. 465.2 (destrucción de documentos o actuaciones por particular); art. 470.3 (evasión del condenado realizada por pariente). Como se aprecia, los delitos de los apartados 1, 2, 3 y 4, son delitos leves como consecuencia de la elevación a esa categoría de lo que antes de la LO 1/2015 el Código penal trata como faltas. Supuestos de delitos leves, pues, que entran dentro de los objetivos buscados con la reforma. Sin embargo, de los delitos de apartado 5, salvo los dos primeros (que son figuras nuevas, sin antecedente antes de la LO 1/2015), los otros dieciséis delitos tenían la consideración de menos graves antes de la reforma y pasan a calificarse de leves como consecuencia de la misma. Se trata de delitos que no han visto modificada la pena, sino que el cambio de gravedad del delito se produce como consecuencia de la modificación de la calificación de la gravedad de la multa (art. 33.3 y 33.4 LO 1/2015) y de la calificación como leve de las penas que tengan, por su extensión, una posible calificación dual (art. 13.4 LO 1/2015). Por tanto, modificaciones legales ni queridas por la reforma ni previstas entre sus objetivos, sino producidas automáticamente, como secuelas no pretendidas de la tantas veces citada LO 1/2015". GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Secuelas "colaterales" no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal >> en *Diario La Ley*. Nº 8553, Sección Tribuna, 3 de Junio de 2015, Año XXXVI. Ref. D-222. Ed. La Ley. Pág. 3.

“En este caso se encuentran, sorprendentemente, varios delitos cuya penalidad no ha experimentado variación en la LO 1/2015, pero que por tener asignada una pena de multa que parte de una duración de tres meses, han mutado su naturaleza como consecuencia de la proyección incondicional que adquiere el nuevo art. 33.4, g) CP en su calidad de precepto de la Parte General; dicho artículo dice: *"Son penas leves... g) La multa de hasta tres meses"*. Complementariamente, el art. 33.3, j) CP, dice: *"Son penas menos graves... j) La multa de más de tres meses"*... [En esta situación se encuentra]... La ocupación sin autorización de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular (art. 245.2 CP), sancionado con pena de multa de 3 a 6 meses”¹¹²².

Además de haber calificado esta degradación como de sorprendente, Fiscalía General del Estado considera que “hay razones para sospechar que la voluntad del legislador no era degradar estos delitos menos graves, pues nada se dice al respecto en el Preámbulo y las penas nominalmente asignadas a cada tipo no sufren mutación con el cambio legislativo, pero lo cierto es que una vez promulgada y publicada la Ley, ésta adquiere vida propia y es su voluntad inmanente (*voluntas legis*) y no la intencionalidad de su autor (*voluntas legislatoris*) la que conforma el nuevo ordenamiento jurídico y vincula con sus mandatos objetivos al intérprete y aplicador. La voluntad de la Ley se extrae con claridad meridiana del sentido literal de las palabras empleadas por la norma y de una interpretación conjunta y sistemática de los arts. 13.4, inciso segundo, 33.3, j) y 4, g), en relación con cada uno de los tipos penales citados”¹¹²³.

Otro argumento que hace pensar que la degradación a delito leve (de ésta y de otras figuras delictivas) es involuntaria se encuentra en la pérdida de virtualidad

¹¹²² Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Págs., 6-7.

¹¹²³ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Pág., 9. Establece el artículo 13.4 en su segundo inciso: “Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”. Por su parte dispone el artículo 33 al clasificar la penas: Artículo 33: “3.- Son penas menos graves... j) La multa de más de tres meses... 4.- Son penas leves... g) La multa de hasta tres meses”.

diferenciadora de la naturaleza del delito que el límite cuantitativo de los 400 € tenía con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015 en numerosos delitos patrimoniales. La diferencia entre el delito y la falta radicaba en el valor del objeto material (superior o inferior a 400 €). En la actualidad son delitos leves tanto el tipo básico como el atenuado con independencia de ese límite cuantitativo de 400 € en el delito de sustracción de cosa propia (art. 236. 1 y 2 CP), la alteración de términos y lindes (art. 246.1 y 2 CP), la distracción de aguas (art. 247.1 y 2 CP), la apropiación indebida de cosa mueble ajena (art. 254.1 y 2 CP), la defraudación de energía, fluido y telecomunicaciones (art. 255.1 y 2 CP), el uso inconsciente de un terminal de telecomunicaciones ajeno (art. 256.1 y 2 CP); lo que supone un absurdo jurídico¹¹²⁴.

2.3.1.- CONSECUENCIAS

Este error del legislador supone que la reincidencia por delito leve de ocupación pacífica de bienes inmuebles no tenga las consecuencias penológicas de las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal propias de los delitos graves y menos graves (arts. 22.8 en relación con el 66.1.3^a, 5^a y 66.2 CP). Asimismo, implica un

¹¹²⁴ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Págs., 7-8. Dispone el artículo 236 del Código Penal: “1.- Será castigado con multa de tres a doce meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero. 2.- Si el valor de la cosa sustraída no excediera de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”. La modalidad usurpatoria del artículo 246: “1.- El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses. 2.- Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”. Y la del 247: “1.- El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2.- Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”. Establece el artículo 254: “1.- Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años. 2.- Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses”. La defraudación de fluido eléctrico y análogos del artículo 255: “1.- Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes: 1º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación. 2º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores. 3º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos. 2.- Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”. Por último, el artículo 256: “1.- El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, y causando a éste un perjuicio económico, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2.- Si la cuantía del perjuicio causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

cambio en la competencia y procedimiento a seguir para su enjuiciamiento. Los hechos cometidos a partir del 1 de julio de 2015 ya no siguen los trámites del procedimiento abreviado (Título II, Libro IV, de la LECrim), ni del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (Título III, Libro IV, de la LECrim), sino el de delitos leves (Libro VI LECrim); y su enjuiciamiento es por consiguiente competencia de los Juzgados de Instrucción (art. 14.1 LECrim), con la particularidad (frente a las antiguas faltas), de la preceptividad de las reglas generales de defensa y representación (art. 967 párrafo 2º LECrim). No obstante los Juzgados de lo Penal continuarán conociendo de las causas incoadas con anterioridad al 1 de julio de 2015 en virtud del principio *tempus regit actum*; si bien aquellas en que la situación de antijuridicidad se inicia antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, y persiste con posterioridad al 1 de julio también han de tramitarse como delitos leves siempre que el procedimiento esté aún en el Juzgado de Instrucción¹¹²⁵.

¹¹²⁵ Dispone el artículo 22 del CP: “Son circunstancias agravantes... 8ª.- Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español”. Y el artículo 66 CP: “1.- En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas... 3ª.- Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito... 5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo... 2.- En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”. Dispone el artículo 967 de la LECrim: “1.- En las citaciones que se efectúen al denunciante, al ofendido o perjudicado y al investigado para la celebración del juicio, se les informará de que pueden ser asistidos por abogado si lo desean y de que deberán acudir al juicio con los medios de prueba de que intenten valerse. A la citación del investigado se acompañará copia de la querrela o de la denuncia que se haya presentado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación”. El delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles (art. 245.2 CP) es un delito permanente en el que la situación de antijuridicidad se prolonga en el tiempo desde la ocupación sin autorización hasta el abandono del inmueble; o desde el mantenimiento contra la voluntad del titular hasta la salida del inmueble. La DT 1ª de la LO 1/2015, de 30 de marzo dispone: “Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”. “No obstante en el plano procesal impera el principio *tempus regit actum* que obliga a acomodar los actos a la norma jurídica vigente en el momento en que se producen, salvo disposición contraria de la ley. La eficacia temporal del procedimiento en el que se inserta este trámite aparece regulada en la Disposición adicional segunda de la propia Ley, que bajo rúbrica Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves dice literalmente: “Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves. La instrucción y el

2.4.- Usurpación y pena de multa

Todas las modalidades usurpatorias tipificadas en el Capítulo V, del Título XIII, del Libro II del Código Penal de 1995, en su redacción originaria, fueron sancionadas con pena de multa. La usurpación propia con pena de multa de 6 a 18 meses, teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado (art. 245.1 CP), la impropia con multa de 3 a 6 meses (art. 245.2 CP), el delito de alteración de términos o lindes con multa de 3 a 18 meses (art. 246 CP) y la falta con multa de 10 a 30 días (art. 624 CP), el delito de distracción de aguas con pena de multa de 3 a 6 meses (art. 247 CP)¹¹²⁶.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, además de sustituir las

enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves"... En consecuencia, *es la fecha del hecho, no la del juicio, la que determina la ley procesal aplicable*, sin que se haya previsto la conversión del trámite a la nueva regulación para los asuntos que se hallen en curso en el momento de entrar en vigor el cambio legislativo". *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*. Pág., 36. Ello nos lleva a tener que distinguir tres supuestos distintos: 1.- Los cometidos antes del 1 de julio de 2015 (ocupación y abandono del inmueble antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo) los cuales seguirán su tramitación como diligencias previas, continuación por los trámites del procedimiento abreviado y enjuiciamiento por el Juzgado de lo Penal. 2.- Los cometidos después del 1 de julio de 2015 (ocupación o mantenimiento contra la voluntad del titular iniciada con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo), los cuales han de tramitarse como delitos leves. 3.- Aquellos en que la situación de antijuridicidad se inicia antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, y persiste con posterioridad al 1 de julio. Estos supuestos también han de tramitarse como delitos leves siempre que el procedimiento esté aún en el Juzgado de Instrucción.

¹¹²⁶ Según el texto original, publicado el 24/11/1995, en vigor a partir del 24/05/1996, disponía el artículo 245: "1.- *Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.* 2.- *El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses*". La redacción del artículo 246 era: "*El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de cincuenta mil pesetas*". Y la del artículo 247: "*El que, sin hallarse autorizado, distrajerse el curso de las aguas de uso público o privativo en provecho propio o de un tercero, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediere de cincuenta mil pesetas*". La falta del artículo 624: "*El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 246, será castigado con multa de diez a treinta días si la utilidad no excede de cincuenta mil pesetas o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado*".

referencias de pesetas a euros, incluyó en el delito de distracción de aguas la referencia a embalse natural o artificial, suprimiendo la necesidad de que fuera en provecho propio o ajeno (art. 247), e introdujo la correspondiente falta con pena de multa de 10 a 2 meses (art. 624.2 CP); manteniendo invariables el resto de penas¹¹²⁷.

Tras la reforma del Código Penal de 1995 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la usurpación propia pasó a sancionarse con pena de prisión de uno a dos años, atendiendo igualmente para su fijación a la utilidad obtenida y el daño causado (art. 245.1 CP)¹¹²⁸.

La ulterior reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo dejó invariable tanto los elementos del delito como la sanción prevista para la usurpación propia (art. 245.1 CP) e impropia (art. 245.2). Al delito de alteración de términos o lindes y distracción de aguas (arts. 246 y 247 respectivamente) se les añadió un apartado segundo con su correspondiente figura atenuada, y ello como consecuencia de la derogación de las faltas y la transformación en delito leve de éstas antiguas infracciones penales, ambas con una penalidad de 1 a 3 meses (arts. 246.2 y 247.2 CP)¹¹²⁹.

¹¹²⁷ Conforme a la modificación publicada el 26/11/2003, en vigor a partir del 01/10/2004, la redacción del artículo 245 no sufrió modificación alguna. La redacción del artículo 246 fue: *“El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de 400 euros”*. La del artículo 247: *“El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediera de 400 euros”*. Por su parte la redacción de las correspondientes faltas, tipificadas en el artículo 624 fue: *“1.- El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 246 será castigado con multa de 10 a 30 días si la utilidad no excede de 400 euros o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado. 2.- Será castigado con multa de 10 días a dos meses el que ejecute los actos contemplados en el artículo 247, si la utilidad reportada no excede de 400 euros”*.

¹¹²⁸ La reforma del Código Penal, publicada el 23/06/2010, en vigor a partir del 23/12/2010, modificó la pena de la usurpación propia, quedando la redacción del artículo 245: *“1.- Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”*. No sufrieron reforma ninguna de las restantes modalidades usurpatorias.

¹¹²⁹ La última actualización, publicada el 31/03/2015, en vigor a partir del 01/07/2015, introdujo sendos apartados 2 en los artículos 246 y 247 con la misma redacción en ambos casos: *“2.- Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”*.

La pena de la usurpación impropia en sus dos modalidades, ocupar o mantenerse (art. 245.2 CP), es de multa de tres a seis meses, sin que en este caso, se añada ningún elemento que deba ser tenido en cuenta por el juez para calcular tanto la duración en el tiempo de la multa, como la cuantía de cada cuota, a diferencia de la forma de tipificación de la usurpación propia o violenta, establecida en el número 1 de este mismo artículo, que hasta la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, fijaba la pena de multa (en la actualidad prisión de uno a dos años), *teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado*¹¹³⁰.

2.4.1.- BENIGNIDAD DE LA PENA Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

No faltan autores que vinculan la poca entidad de la pena del delito de usurpación pacífica (multa y no prisión) con la protección que a los bienes inmuebles dispensa el Registro de la Propiedad¹¹³¹.

¹¹³⁰ ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Pág., 348.

¹¹³¹ Con carácter general para todas las modalidades usurpatorias (y no solo la ocupación pacífica) se dice: “La sola lectura de estos preceptos pone de manifiesto que las reacciones penales son notablemente más benignas que las señaladas en otros delitos del Título. En los de usurpación sólo se disponen penas de multa [salvo la usurpación propia tras la LO 5/2010, de 22 de junio], prescindiendo de las penas que se deriven del ejercicio de violencia o intimidación. La razón debe buscarse en un presupuesto teórico comprensible: que los bienes inmuebles pueden gozar de una permanente protección registral de la que carecen los bienes muebles y eso hace que la tutela penal descansa sobre el presupuesto de que no es posible un daño irreversible de pérdida dada la naturaleza del objeto y su situación jurídica. Ciertamente se puede oponer que ese razonamiento fracasa cuando el dato registral es incorrecto o inexistente, pero también es comprensible que el Derecho penal positivo no se construya en esta materia dando realidad o normalidad a la inoperancia eventual del registro inmobiliario. Por otra parte, y prescindiendo de que la pena sea más o menos grave, la tutela registral (inscripción) no es presupuesto de la tutela penal, puesto que ésta se construye sobre el derecho esencial de la propiedad del bien, esté o no correctamente registrado, pues sostener otra cosa equivaldría a entender que en este delito el objeto de tutela es el deber de inscribir las fincas y los derechos reales que sobre ellas versen”. QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7º)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 71. “Llama la atención a quien se acerque por primera vez a esta clase de delitos la pena de multa prevista en la ley. La benignidad de la sanción se explica, según opinión común, por el hecho de que la propiedad inmobiliaria encuentra suficiente protección en el ámbito del derecho privado a través de un procedimiento interdictal sumamente facilitado por la realidad técnica del Registro de la Propiedad”. PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO)... *Op. cit.*, Pág., 197. “La aparentemente insuficiente protección que recibirían las figuras usurpatorias, si estas son comparadas con las que protegen los bienes mobiliarios, encuentran explicación (según Quintano) en la eficaz tutela que el ordenamiento civil dispensa a la propiedad inmueble y los derechos reales, lo que tiene lugar, tal como refiere Bajo, “a través de un procedimiento interdictal sumamente facilitado por la realidad técnica del Registro de la Propiedad””. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 381. A juicio de HAVA GARCÍA “la mayor benignidad de las sanciones previstas en este Capítulo frente a las de

Así, CHOCLÁN MONTALVO Y CALDERÓN CEREZO, para quienes “tal déficit de protección penal se debe... a la hiperprotección que esta clase de bienes recibe a través del derecho privado y, destacadamente, mediante la institución del Registro de la Propiedad”¹¹³².

En términos similares, aunque sin vincular expresamente la benevolencia de la pena de multa con la protección dispensada por el Registro de la Propiedad, sino en general con la suministrada por el Derecho civil, se pronuncia GONZÁLEZ RUS al justificar la poca gravedad de la pena señalada (multa), sobre la base de que “los bienes inmuebles están mucho mejor garantizados por el Derecho civil ante los despojos que los bienes muebles, siendo difícil que el titular llegue a perder definitivamente sus derechos como consecuencia de la ocupación o usurpación. Se comprende, así, que la pena de multa no vaya referida al valor del inmueble o del derecho perturbado”¹¹³³.

No parecen muy convincentes los argumentos que aluden a la protección registral cuando, como dice QUINTERO OLIVARES “*el dato registral es incorrecto o inexistente*”; pues, no debe olvidarse que la inscripción en nuestro derecho es meramente declarativa, voluntaria, ni constitutiva, ni obligatoria (salvo excepciones), no siendo la inscripción registral presupuesto de la tutela penal¹¹³⁴.

otros delitos patrimoniales se debe en parte a que los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios ya reciben con carácter general una tutela anticipada reforzada, como consecuencia del funcionamiento del Registro de la Propiedad. No obstante, es irrelevante a efectos penales la existencia o no de una inscripción registral correcta del concreto bien o derecho afectado por el delito”. HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Págs., 291-292.

¹¹³² CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 222.

¹¹³³ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >>... *Op. cit.*, Pág., 500.

¹¹³⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 71. “En un sentido lato la inscripción es sinónimo de asiento registral... En un sentido estricto, sin embargo, la inscripción es un asiento propio y específico, distinto de los demás que se practican en el Registro, en el que se constata la existencia de una mutación jurídico-real producida (constitución, declaración, modificación, transmisión o extinción del dominio o derecho real)... La inscripción es, como norma general, meramente *voluntaria* en nuestro sistema. La constitución, modificación, transmisión o extinción de un derecho real se opera fuera del Registro, en la vida civil. El Registro sólo hace constar o

Emplea la ironía QUERALT JIMÉNEZ al considerar que una multa de tres a seis meses “da idea de la peligrosidad de este comportamiento para el bien jurídico propiedad inmobiliaria”; a lo que MAZA MARTÍN considera que “estrictas razones de política criminal, por encima de la gravedad en sí de las conductas, [son] las que justifican la incorporación de este tipo legal en nuestro ordenamiento, dirigido a reprimir fundamentalmente las ocupaciones, subrepticias y no violentas, de locales y viviendas desocupadas”¹¹³⁵.

2.4.2.- OTRAS JUSTIFICACIONES A LA PENA DE MULTA

El hecho de que el legislador haya optado por una pena de naturaleza pecuniaria se debe, a juicio de GÓMEZ IBARGUREN, a que buscaba más que imponer un gran castigo a los que cometiesen este delito, “el ofrecer una vía más rápida y efectiva que la civil al titular del bien o derecho usurpado”¹¹³⁶.

2.4.3.- CONCRECIÓN DE LA PENA

publicar aquello que ya ha ocurrido fuera de los libros registrales. De ahí que la inscripción por principio sea únicamente *declarativa*... El carácter constitutivo de la inscripción es excepcional en nuestro Derecho civil. Es operante sólo en la hipoteca (art. 1875 CC, art. 145 LH) y en el derecho de superficie... [las inscripciones obligatorias] no presentan más particularidad que la existencia de un imperativo legal que obliga a practicarlas, pero sin ninguna repercusión jurídica en la mutación jurídico-real que proclaman. Son abundantes en la extensa y profusa legislación administrativa”. Díez-PICAZO, L., Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general*... *Op. cit.*, Págs., 276-278.

¹¹³⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*... *Op. cit.*, Pág., 447; MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963. En la línea de QUERALT JIMÉNEZ aunque referido a los proyectos de Código Penal de 1992 y 1994, BAZA DE LA FUENTE califica la pena como “desmedida si se considera cierta situación de “necesidad” en las ocupaciones. Y más aún, si se tienen en cuenta los perfiles psicológicos y sociológicos de los grupos ocupantes (no tienen ánimo alguno de adquirir la propiedad, mera intención de ocupar, estado de necesidad, grupos primordialmente de naturaleza nómada...)”. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Pág., 912. “La proporcionalidad en cuanto a la pena que aparece en el tipo penal... Su determinación es exclusiva del legislador. La proporcionalidad de las penas está al arbitrio del legislador, no siendo un derecho fundamental, aunque sí, según entiendo, un principio informador del ordenamiento, ya que no pueden establecerse penas excesivamente duras para infracciones penales no tan relevantes desde el punto de vista del desvalor que suponen socialmente”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Pág., 16.

¹¹³⁶ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*... *Op. cit.*, Págs., 16-17.

El tipo penal establece una pena de tres a seis meses (art. 245.2 *in fine*). Dentro de la “horquilla” de la pena establecida por el legislador, los Jueces o Tribunales deben determinar la pena concreta que van a imponer al autor o autores del delito utilizando las reglas contenidas en el Capítulo II “De la aplicación de las penas”, del Título III “De las penas”, del Libro I “Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad, y demás consecuencias de la infracción penal” del Código Penal, a las que expresamente se remite el artículo 50.5 del Código Penal. El juez, como se establece en el artículo 72 del Código Penal, razonará en la sentencia el grado y extensión concreto de la pena impuesta¹¹³⁷.

Su determinación se hará en dos fases, según el sistema de días multa. Por lo que atañe a la primera, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos del número 1, nada se dice sobre la consideración de la utilidad obtenida o del daño causado, pues ambos pueden faltar en la usurpación pacífica. No habrá obstáculo, sin embargo, para que ambos factores sean tenidos en cuenta, si concurrieran, en esa fijación de meses o días-multa que ha de hacerse; como se haría, por ejemplo, en la individualización de la pena de prisión (en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho art. 66.1.6ª CP)¹¹³⁸.

¹¹³⁷ Dispone el artículo 50.5 del Código Penal: “Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”. Y el artículo 72: “Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta”.

¹¹³⁸ “En lo concerniente a las motivaciones ideológicas que pueden llevar a la ocupación de un bien inmueble desocupado... no son contempladas dentro del tipo penal... El Derecho Penal español no es de “autor”, sino que sólo contempla conductas objetivas, por lo que no puede castigarse a un sujeto por sus caracteres personales o morales. Siguiendo este principio general del Derecho Penal, el motivo de cualquier índole que haya llevado a un sujeto o sujetos a usurpar un bien inmueble no determina la aplicación del principio de intervención mínima... Sin embargo, esto no quiere decir que las circunstancias y causas que hayan llevado a un sujeto a ocupar un bien sean irrelevantes desde el punto de vista del Derecho Penal... El artículo 66 del Código Penal hace referencia a la determinación de la pena atendiendo a las circunstancias personales y del hecho”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist... Op. cit.*, Pág., 9. Dispone el artículo 66 del Código Penal: “1.- En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas... 6ª.- Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

Luego, el importe de la cuota mensual o diaria (la cuota diaria tendrá un mínimo de 2 y un máximo de 400 € -art. 50.4 CP-) se alcanzará como se indica en el art. 50.5, que atiende exclusivamente a la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo¹¹³⁹.

¹¹³⁹ En relación a la pena de multa establece el artículo 50: “1.- La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria. 2.- La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa. 3.- Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años. 4.- La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta. 5.- Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. 6.- El tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes”. *Vid.*, Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 21-1-2013, nº 6/2013, rec. 1032/2012, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/19604): “Teniendo en cuenta la penalidad establecida en el artículo 245.2 del Código Penal y lo dispuesto en los artículos 66.1 6ª, 50 y 53 del mismo texto legal, procede imponer a cada uno de los acusados la pena de tres meses de multa, con una cuota diaria de tres euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas”. Audiencia Provincial de A Coruña, sec. 2ª, S 14-6-2013, nº 395/2013, rec. 607/2013, Pte: Barrientos Monge, Luis (EDJ 2013/137184): “Es por ello que se ha de estimar que los acusados Natalia y Eulogio son autores de un delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal. Dado que no son apreciables circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los acusados, resulta oportuno imponer a los acusados la penalidad prevenida en este tipo penal en su grado mínimo, esto es, tres meses de multa. Sobre la cuota de esta pena de multa, no consta que los acusados tengan una capacidad económica desahogada, antes al contrario, debe presumirse que carecen de una especial fortuna, por lo que resulta oportuno imponerles una cuota diaria de 5 euros. Un límite inferior sería dar nula eficacia a esta condena, sobre todo si se compara con las sanciones económicas que se pueden imponer en el campo administrativo”. Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 15-5-2015, nº 90121/2015, rec. 19/2015, Pte: Martínez Sainz, Mª José (EDJ 2015/117850): “En cuanto a la efectuada subsidiariamente de rebaja de la pena invocando el principio de proporcionalidad, ex art. 50 CP, en atención a los recursos económicos de los acusados, el Ministerio Fiscal solicitó la imposición de la pena de multa de 5 meses a razón de 12, fijando la sentencia finalmente la multa en el mínimo legal de 3 meses con una cuota de 10 Eur. sin otra argumentación que la de que no se había practicado prueba alguna relativa a la capacidad económica de los acusados. Sobre la fijación de la cuota diaria de la multa, el TS realizando una interpretación flexible del precepto que permita su aplicación, viene señalando que puede fundamentarse en los siguientes extremos: a) la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil. b) alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil o de la vivienda que ocupa, por ejemplo). c) cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación en juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto. d) en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal *ad quem* vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, siempre que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos. SSTs nº 1111/2006 de 15 noviembre, 711/2006 de 8 de junio y 847/2007 de 18 de octubre. En aplicación de dicha doctrina en el presente caso habiendo optado la Juez a quo en el fundamento de derecho quinto de la sentencia por la fijación de la extensión de la multa en su umbral mínimo de tres meses previsto en el art. 245.2 CP, la cuota diaria de la multa en 10Eur., resulta injustificada en este caso, aun encontrándose en el tramo inferior de la cuota

Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (art. 53.1 CP).

En caso de impago, realizada averiguación patrimonial del penado, no hallando bienes susceptibles de ejecutarse por vía de apremio, y declarada la insolvencia del penado, se declarará la responsabilidad personal subsidiaria; siendo ésta, si se dan los presupuestos legales, susceptible de beneficiarse con la suspensión de la ejecución conforme a los arts. 80 y concordantes del Código Penal, ya que con el módulo de conversión del artículo 53.1 nunca rebasará los dos años. De no cumplirse los requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena, el mismo artículo 53.1 recoge la posibilidad del cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria mediante localización permanente (al tratarse de un delito leve) o mediante trabajos en beneficio de la comunidad, previa conformidad del penado, con la equiparación de un día de privación de libertad y una jornada de trabajo¹¹⁴⁰.

abstractamente imponible, que oscila entre los 2 euros mínimos hasta un máximo de 400 euros diarios. Al desprenderse no solo de las alegaciones vertidas sino de las manifestaciones de los acusados en su declaración de instrucción una situación económica precaria que, pese a la carencia de prueba sobre su gravedad e inminencia para justificar la eximente solicitada, conlleva la necesidad de ajustar el límite de la cuota de multa al mínimo legal de 2 Eur. máxime cuando al ser pareja los acusados el importe de las dos multas impuestas recaen sobre una misma economía doméstica. Se estima por lo expuesto dicho particular del recurso”.

¹¹⁴⁰ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* *Op. cit.*, Pág., 17; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 915. “La pena impuesta es de tres a seis meses. A diferencia de la ocupación violenta no se exige que la cuantía de la misma se valore sobre la base de la “utilidad reportada o del daño causado””. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 423. “El juzgador deberá ser especialmente sensible a la hora de fijar la cantidad. Recordar que en la mayoría de las ocasiones el acusado va a ser una persona carente de bienes, lo cual no es ajeno a la situación de la mayoría de los delincuentes. Me viene a la memoria ese pseudo-refrán “el Derecho Penal es para los pobres y el Derecho Civil para los ricos”. El artículo 50.5 nos recuerda que la cuota se fijará teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. En caso de impago el art. 53 regula una responsabilidad personal subsidiaria, a razón de un día por cada dos cuotas diarias”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*... *Op. cit.*, Pág., 1318. Establece el artículo 53.1 del Código Penal: “Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37. También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla

2.4.4.- INSUFICIENCIA DE PENA

“El castigo previsto en la norma (pena de multa de tres a seis meses) no llega a cumplir adecuadamente con su función preventiva e incluso represora, pues tiene muy

mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo”. Los requisitos de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad regulados en el artículo 80 CP son: “1.- Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. 2.- Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1ª.- Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. 2ª.- Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. 3ª.- Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento. 3.- Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta. 4.- Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. 5.- Aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación. 6.- En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”.

escasa incidencia en el ánimo del sujeto activo, que en la práctica totalidad de los supuestos es insolvente. En cualquier caso, en este tipo de delitos lo que se busca es más la desocupación y el desalojo que la efectiva condena definitiva: el propietario lo que quiere es recuperar el goce pacífico del inmueble y con eso queda satisfecho”¹¹⁴¹.

Es práctica habitual en los Juzgados que una vez recuperada la posesión del inmueble las entidades bancarias titulares de los mismos se aparten del procedimiento renunciando a las acciones civiles y penales. Parece que únicamente buscan acudiendo a la vía penal y solicitando medidas cautelares de desalojo un “desahucio exprés” y gratuito.

Asimismo, adviértase de lo rentable, en términos económicos, que puede resultar este delito (y su consiguiente “efecto llamada”) si resulta condenado su autor a una simple pena de multa de tres meses con una cuota diaria de 3 euros (lo que asciende a un total de 270 euros), frente a los precios de la vivienda en el mercado libre o de protección oficial, ya sea en régimen de alquiler o de propiedad.

3.- Perseguibilidad

3.1.- Condiciones formales de imposición de pena

La perseguibilidad o procedibilidad son términos equivalentes que afectan a la posibilidad o imposibilidad de que se abra o se siga un procedimiento penal, pero si se levanta el obstáculo procedimental, sí hay punibilidad. En consecuencia, son materia propia del Derecho procesal penal, aunque muy vinculada y con repercusión inmediata en el Derecho penal en cuanto a su operatividad.

A diferencia de lo que ocurre con las condiciones objetivas de punibilidad y con las condiciones personales de exclusión de la pena (excusas absolutorias e inviolabilidades), que hacen depender de su cumplimiento la punibilidad (las primeras) o no punibilidad (las segundas) de un hecho típico, antijurídico y atribuible, las

¹¹⁴¹ DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepínNET revista. Práctica penal... Op. cit.*, Pág., 29.

condiciones formales de imposición de pena (que se pueden agrupar en condiciones objetivas de perseguibilidad o procedibilidad, e inmunidades y exenciones) únicamente significan presupuestos procesales que el Ordenamiento establece en determinados casos para que se pueda llevar a cabo, en el marco procesal pertinente, la individualización de la responsabilidad criminal en que ha podido incurrir quien ha realizado una conducta punible. No afectan por tanto, no ya a los anteriores elementos del delito, sino tampoco a la punibilidad del mismo. Atañen tan solo a la apertura o viabilidad del procedimiento establecido para la determinación de la responsabilidad criminal¹¹⁴².

3.1.1.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PERSEGUIBILIDAD O PROCEDIBILIDAD

¹¹⁴² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Pág., 406; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 585; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 173; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 401. “No deben confundirse las condiciones objetivas de penalidad con las condiciones objetivas de procedibilidad o de perseguibilidad, es decir, con aquellos requisitos previos a la apertura del procedimiento criminal, pues tales condicionamientos procesales presuponen la existencia de un delito”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 419. “Condiciones objetivas de procedibilidad o de perseguibilidad. Son obstáculos procesales que la ley establece para la persecución de determinados delitos, denominados delitos privados, que sólo pueden ser perseguidos en virtud del ejercicio de la acción penal por el titular del bien jurídico, mediante denuncia o querrela del mismo”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 188. “Estos obstáculos procesales... impiden la imposición de la pena, porque ésta tiene que hacerse efectiva mediante el proceso. Si, por ejemplo, en un delito de los llamados privados, no ha habido denuncia o querrela (según los casos), no puede iniciarse el procedimiento, y, por consiguiente, el delito queda impune”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 685. “Debe distinguirse netamente entre las condiciones objetivas de *punibilidad* y las categorías de naturaleza estrictamente procesal...llamadas, con más o menos propiedad, condiciones de *procedibilidad o perseguibilidad*. Estos elementos adjetivos condicionan la persecución procesal, pero no inexorablemente la punición. Sería, por consiguiente, presupuestos del proceso, y con ellos genéricamente se trata, en definitiva, de condicionar el ejercicio de la acción procesal, pero no influyen de modo automático e inmediato sobre la punición”. QUINTANAR DÍEZ, M.: << Quinta Parte. I.- La consecuencia más esencial del delito: La pena. 1.- Cuestiones sistemáticas previas >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Pág., 218; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 432. “Las excusas legales absolutorias... tampoco pueden ser confundidas con las llamadas inmunidades (personas que no pueden ser detenidas ni juzgadas sin previa autorización del órgano estatal al que pertenecen; así diputados y senadores conforme al art. 71.2 de la Constitución) o con las exenciones (la imposibilidad de juzgar a Jefes de estado extranjero y representantes diplomáticos)... pues en esos casos no se trata de una exclusión de la pena, sino sólo de una condición de procesabilidad... En general, por tanto, las condiciones de procesabilidad u obstáculos procesales, como la obligación de denuncia o querrela para perseguir y castigar determinados delitos (los llamados “privados”), no son excusas absolutorias, pues no implican una exclusión de pena”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 390.

Se trata de condicionamientos adjetivos de la imposición de la pena que se basan al igual que las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones personales de exclusión de la pena en motivos político-criminales. Cuando se cumplen ya no existe inconveniente para que se llegue a la imposición de la pena. Aquí, a diferencia de lo que sucede con las condiciones materiales de la punibilidad, la pena sí se estima oportuna desde la perspectiva de los fines y funciones que tienen asignados el Derecho Penal¹¹⁴³.

3.1.2.- INMUNIDADES Y EXENCIONES

Al igual que las condiciones objetivas de perseguibilidad o de procedibilidad, se trata de condicionamientos adjetivos de la imposición de la pena que se basan en motivos político-criminales. Cuando se superan los obstáculos que las mismas suponen ya no existe inconveniente para que se llegue a la imposición de la pena, la cual sí se estima oportuna desde la perspectiva de los fines y funciones que tiene asignados el Derecho Penal¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Pág., 406-410. "Las condiciones objetivas de procedibilidad son requisitos objetivos, y ajenos al propio hecho, para poder proceder penalmente en algunos delitos; pueden serlo actuaciones de un tercero, concretamente el juez: así parece que es la naturaleza del art. 456.2 [CP], que para proceder por acusación y denuncia falsas exige "sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada", y posiblemente también la de la declaración judicial de concurso [en la actualidad de insolvencia] del art. 260; y también son condiciones objetivas de procedibilidad en algunos delitos la actuación procesal del sujeto pasivo: la exigencia de previa denuncia del sujeto pasivo o sus representantes en los delitos semiprivados (p.ej., entre otros, muchos delitos sexuales según el art. 191.1, delitos contra la propiedad intelectual e industrial y delitos societarios salvo que afecten a una colectividad o pluralidad de personas: arts. 287, 296) y el requisito de previa querrela del ofendido y consiguiente personación del mismo como parte en los llamados delitos privados: las injurias y calumnias, salvo que afecten a autoridades o funcionarios en el ejercicio de sus cargos: art. 215.1. Pero si se da la condición objetiva de procedibilidad, el hecho es perseguible y punible y entonces rigen todas las características de un delito normal". LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 585.

¹¹⁴⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Pág., 406 y 410-417. "Existen las simples "inmunidades", p. ej. de los parlamentarios o de los diplomáticos que impiden proceder judicialmente contra los mismos si no se dan ciertas condiciones. Así la exigencia de previa concesión de la autorización (el procedimiento denominado "supplicatorio") de la cámara parlamentaria correspondiente, p. ej. de los diputados y senadores (art. 71.2 CE) o de los parlamentarios autonómicos según los respectivos Estatutos de autonomía, que supone un obstáculo de procedibilidad o perseguibilidad de cualquier delito cometido por los mismos durante el período del mandato si no se concede la autorización de la Cámara respectiva, pero concedida la autorización nada obsta a la punibilidad. E igualmente, parece que tienen esta naturaleza de no procedibilidad personal, más que de inaplicabilidad de la ley territorial, las inmunidades, exenciones o privilegios de Derecho internacional para representantes de otros Estados u organismos internacionales y diplomáticos y agentes consulares, ya que dichas exenciones de jurisdicción son renunciabiles por sus Estados para el personal diplomático o consular". LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 586. Piénsese en el Diputado del Parlamento de Andalucía y Alcalde de la localidad sevillana de Marinaleda, que pese a gozar de inmunidad parlamentaria fue condenado por el

3.2.- Principio de oportunidad reglada

Uno de los rasgos más característicos de la reforma penal y *procesal* operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015) ha sido la supresión del Libro III del CP que, bajo la rúbrica general de las “Faltas y sus penas”, trataba en cuatro títulos separados de las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público.

La supresión formal del Libro no ha supuesto la despenalización de las conductas que en él se tipificaban, pues, la mayoría de ellas subsisten desperdigadas en el Libro II bajo la forma de delitos leves.

La Disposición final segunda, apartado ocho, de la Ley Orgánica 1/2015, modifica varios preceptos del Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal incluyendo su rúbrica, que pasa a ser “Del procedimiento para el juicio sobre delitos leves”.

TSJ de Andalucía por el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles: “Los hechos enjuiciados se remontan al verano de 2012 cuando, convocadas por el Sindicato Andaluz de Trabajadores (SAT), se concentraron en las inmediaciones del acceso lateral de la finca militar “Las Turquillas”, perteneciente al Centro Militar de Cría Caballar, unas 500 personas, que llegaron hasta el lugar en siete autobuses y unos 80 vehículos particulares. El grupo iba encabezado por una pancarta con el lema “Andaluces levantaos. Pedid tierra y libertad. ¡Movilízate! Las Turquillas para los trabajadores”. Al frente de la movilización estaban un Diputado del Parlamento de Andalucía, el Alcalde de la localidad sevillana de Marinaleda, y el secretario general del SAT, quienes se entrevistaron con los responsables del acuartelamiento informando de su reivindicación del uso de la finca para trabajarla por las personas del entorno, al estar, en su opinión, improductiva. La ocupación de “Las Turquillas” se prolongó 18 días, estableciendo en la misma un campamento en el que permanecían, turnándose, unas 30 personas diariamente, siendo finalmente desmantelado el campamento y desalojados los ocupantes por agentes de la guardia civil de forma pacífica. En el juicio de instancia, celebrado en sede del TSJ Andalucía, acudieron como imputados 53 personas, pero la Sala absolvió a 49 porque la Guardia Civil no los identificó en las vigilancias que realizaba diariamente en la finca. Por el contrario condenó a los tres cargos públicos citados y a otros dos militantes del SAT como autores responsables de un delito de desobediencia grave a la autoridad y de un delito de usurpación de inmueble, a penas para cada uno de ellos de siete meses de prisión (por el primer delito) y cuatro meses de multa (por el segundo), absolviéndoles por delito de daños también imputado. Pues bien, interpuesto recurso de casación contra dicha resolución, la Sala lo ha estimado parcialmente, absolviendo a los acusados del delito de desobediencia, y confirmando su condena por usurpación”. SECCIÓN JURISPRUDENCIA DEL DIARIO LA LEY: << Absueltos por desobediencia varios cargos públicos que lideraron la ocupación de una finca militar para reivindicar el problema del paro en la zona (TS, 2ª, S 12 Nov. 2014. Rec.2374/2013) >> en *Diario La Ley*. Nº 8466, Sección Jurisprudencia, 26 de Enero de 2015. Año XXXVI. Ed. La Ley. Pág., 16.

La innovación de fondo de la reforma auspiciada por la LO 1/2015 radica precisamente en la inserción en este procedimiento (y sólo en él) del *principio procesal de oportunidad reglada* con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes. A ellos habría que añadir aquellos hechos típicos que sin ser materialmente intrascendentes han sido degradados por un error del legislador en delitos leves (v. gr., usurpación impropia...)¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁵ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Págs., 1-3.

“Las pretendidas ventajas del principio de oportunidad en su ámbito genuino (el de la alternativa entre ejercitar o no la acción penal) no pueden pasar por el sacrificio de algunos derechos fundamentales. De otro lado, la concesión de esa discrecionalidad al Ministerio Público supondría un grave retroceso en nuestro sistema de garantías, sobre todo mientras que el Fiscal siga dependiendo del Poder Ejecutivo. Recuérdese, para terminar, que el Código Penal español impone al Juez, en su art. 2º, la plena observancia del principio de legalidad, incluso en el momento de dictar sentencia. Sería una contradicción que la discrecionalidad que aquí se niega pudiera adelantarse al momento de la acusación y confiarse al repetido Ministerio”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Oportunidad y conformidad >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 5. Año 1992. CGPJ. Pág., 3. Frente a las reticencias que muestra MANZANARES SAMANIEGO, CONDE-PUMPIDO FERREIRO (en ponencia trascrita), expone la crisis del Derecho penal y el procesal penal como fenómeno español que alcanza a todo el mundo occidental y todos los países de nuestra cultura, así como vías de solución entre las que se encuentra la potenciación del principio de oportunidad. El autor se muestra favorable a ésta, siendo reglada, como medio de evitar procesos sin contenido socialmente trascendente y justifica la armonía del principio de oportunidad reglada con el de legalidad. Dice así: “Las nuevas corrientes del entorno europeo, recogidas en gran parte en las Recomendaciones del Consejo de Europa a sus países miembros, marchan por cuatro vías: A) En el aspecto sustantivo, por el principio de la *despenalización*. Se entiende que el *principio de intervención mínima* del Derecho penal y el de la pena como “última ratio”, cuyo abuso produce un desgaste que la desvaloriza y esteriliza como instrumento de lucha contra la auténtica criminalidad, obliga a erradicar de los Códigos penales las llamadas “bagatelas”, esto es, aquellas infracciones mínimas que han perdido ya el reproche social que en su día hizo se considerasen delictivas, o que tienen su sanción más propia en otros ámbitos como el administrativo e incluso el de la mera reparación civil... B) En el aspecto procesal tres son los caminos por los que parecen marchar las reformas: a) El reconocimiento de que el proceso penal continental instaurado tras la Revolución francesa, esto es, el llamado *Mixto*, fruto de una transacción entre los principios autoritarios del sistema inquisitivo y los principios liberales del sistema acusatorio, que mantenía el inquisitivo y secreto para la fase sumarial y el acusatorio público para la del juicio oral, ha hecho crisis por no acomodarse a los actuales sistemas democráticos y a las tendencias doctrinales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... b) La segunda corriente se plasma en la introducción de los procedimientos monitorios o abreviados, al modo del clásico “giudizio per decreto”, del sistema italiano, o el “processo sumarísimo” del nuevo Código del proceso penal portugués y que, con ligeras variantes, es acogido en Alemania, Bélgica, Gran Bretaña y otros países del Norte europeo. La esencia de estos procesos es que en ellos no hay debate y que con la sola vista de lo actuado el Juez dicta una resolución provisoria, que contiene los pronunciamientos de la condena y que se convierte en cosa juzgada si el reo acepta sus términos. De no aceptar el reo la condena se reenvía el proceso al procedimiento común, en el que la resolución provisoria carece de fuerza vinculante... c) El último de los instrumentos procesales para obtener la agilización del proceso penal se orienta por la potenciación del *principio de oportunidad*... El principio de oportunidad suele contraponerse al de legalidad, como criterio de actuación del Ministerio público... Esa contraposición no es siempre correcta, pues el uso de la discrecionalidad no rompe la legalidad cuando es la propia Ley quien la autoriza y más aún si al autorizarla le fija sus límites... El principio de oportunidad puede y debe mantener una conexión con el de legalidad a través de la previsión de los supuestos en que se autoriza la aplicación de aquél, esto es, aquellos en que el Fiscal está legalmente autorizado para dejar de ejercitar la acción. Pero no todos los sistemas procesales en que impera el sistema de oportunidad hacen una aplicación tan pura del principio. Cuando la oportunidad en lugar de someterse a criterios reglados se conjuga con la admisión de la

Salvo las excepciones constituidas por los delitos privados y semipúblicos, así como las diversas manifestaciones que contiene la ley del principio de oportunidad

discrecionalidad, dejando que sea el libre criterio del Fiscal, y no el del legislador, quien determine los casos en que es o no conveniente ejercitar la acción penal, se convierte a la voluntad de aquél en la dueña del proceso penal y de la posibilidad del castigo de los delitos, dominio que precisa de algún mecanismo correctivo, pues es susceptible de otro modo de producir un elemento corruptor del proceso, no sólo por contagiar al mismo de los errores de valorización del Fiscal, sino por poder ser utilizado en función de espurias motivaciones de oportunidad no jurídica sino política... 1º.- La oportunidad reglada, esto es, la previsión por la Ley de casos en que el Fiscal puede abstenerse de acusar (transitoria o definitivamente) bajo ciertas condiciones, está siendo promovida en los Congresos y Seminarios de procesalistas europeos e introducida en los países de nuestro entorno democrático, como un medio de evitar procesos sin contenido socialmente trascendente y de anticipar la resocialización de los delinquentes primarios, menores o arrastrados al delito por una dependencia tóxica. 2º.- La oportunidad reglada, como una excepción más que es el principio de obligatoriedad de la acusación, no contradice la legalidad, siempre que sea la propia ley la que fije los supuestos en que puede ser utilizada y determine los criterios o condiciones para su aplicación. 3º.- Nada se opone a la introducción en España de la oportunidad reglada, siempre que sea la propia Ley la que establezca una regulación de: a) Los supuestos en que por razones de intrascendencia social y eficacia práctica puede desistirse de la acción, supuestos que habrán de estar objetivados, seleccionados por el legislador y fundamentados en el principio superior de una Justicia rápida. b) Los casos en que, por convenir así mejor a la reinserción social del acusado, el Fiscal, anticipando los supuestos de suspensión de condena, pueda suspender la acusación, sometiendo al acusado a prueba y a ciertas condiciones o reglas de conducta, que de ser incumplidas provocarían una reanudación de la acusación, en este caso más justificada en cuanto el comportamiento del acusado revelaría su déficit de resocialización. 4º.- En caso de introducirse la oportunidad reglada, la propia Ley deberá prever los mecanismos de control judicial de la aplicación que de tal facultad haga el Fiscal, que permitan comprobar si tal uso se acomoda a las condiciones impuestas en la ley, provocando, cuando así no sea, una decisión judicial que dé lugar al ejercicio de la acción por el Fiscal o abra el camino a la acusación particular o a la acción popular". CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: << El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal >> en *Revista del Poder Judicial. Número especial VI.- Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*. Año 1989. CGPJ. Págs., 1-18. "La alternativa entre oportunidad o legalidad es equivocada, por cuanto no cabe plantear la cuestión en los términos que lo hacen los defensores del principio de legalidad, entendido éste como persecución absoluta de los hechos penales, ya que lo que está en juego es la concepción que debe manejarse sobre el fundamento y fin de la pena, así como sobre cuáles son los fines que deben conseguirse con el proceso penal. Con aquella concepción (principio de legalidad así entendido) es evidente que no puede pensarse en un proceso penal como medio para dar solución a los conflictos sociales, ni la pena como instrumento que precisa ser útil y necesaria como presupuesto legitimador de su aplicación. Por esta razón decimos que la indicada alternativa es falsa y seguro que interesadamente planteada. A nuestro modo de ver, no cabe decir o, al menos, no debería decirse que existen sistemas penales en los que el principio de legalidad es la regla y otros en los que junto a este principio aceptan, como excepción, el principio de oportunidad. Y no puede así concebirse, pues, realmente en la actualidad no cabe pensar en un sistema que no acepte como premisa el principio de oportunidad. Lo único discutible serán sus contenidos, pero no su propia existencia. Es más, no puede definirse hoy día el principio de legalidad sin dejar un margen al principio de oportunidad". LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: << El principio de oportunidad >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 28. Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales. Año 1995. Pág., 4. En relación a la oportunidad, Vid., RODRÍGUEZ GARCÍA, N., Y CONTRERAS ALFARO, L.H.: << Criterios de flexibilización en el ejercicio y sometimiento de la acción penal. (Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal) >> en *Diario La Ley*. Nº6255, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2005, Año XXVI. Ed. La Ley. Págs., 1-41; DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.: << El reto de la mediación penal: El principio de oportunidad >> en *Diario La Ley*. Nº 6520, Sección Doctrina, 6 de julio de 2006, Año XXVII. Ed. La Ley. Págs., 1-25; GIMENO SENDRA, V.: << Los procedimientos penales simplificados (Principio de "oportunidad" y proceso penal monitorio >> en *Revista del Poder Judicial. Número especial II.- Justicia Penal*. Año 1988. CGPJ. Pág., 1-19; SANCHO GARGALLO, I.: << Legalidad, oportunidad y transacción en el procedimiento abreviado >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 5. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Año 1995. Págs., 1-7.

(conformidad), el objeto del proceso penal no puede calificarse nunca como dispositivo; ni su planteamiento, ni su conformación es disponible para las partes que no pueden decidir sobre su perseguibilidad; de igual modo, tampoco es disponible para el Tribunal que, si bien está vinculado por la pretensión, estando sus facultades limitadas, tiene el deber de conformar y completar el hecho en atención al principio de búsqueda de la verdad material¹¹⁴⁶.

En comparación con el anterior juicio de faltas, la principal novedad que ha sido introducida en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves del Libro VI de la LECrim es la posibilidad de que el mismo entre en *crisis anticipada en el mismo momento de su nacimiento* si el Fiscal, como órgano público de la acusación, hace uso de su potestad de solicitar el archivo cuando:

- El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor¹¹⁴⁷, y

¹¹⁴⁶ ASENCIO MELLADO, J.Mª.: *Derecho Procesal Penal... Op. cit.*, Pág., 102. “No se presenta problema alguno respecto de la capacidad ni de la postulación del MF en su intervención en los procesos penales. En cuanto a la legitimación, se le reconoce en nuestro ordenamiento al Fiscal para ejercitar la acción penal en todos los casos de delitos perseguibles de oficio, debiendo promover la acusación y entablar la acción civil aunque haya un acusador particular en el proceso. Los llamados delitos “semipúblicos” precisan denuncia previa de la persona agraviada (o de su representante legal) como presupuesto procesal para su persecución; una vez se haya producido ésta, el MF deberá intervenir como si de un delito perseguible de oficio se tratase... Por último, no puede intervenir el MF cuando se trate de los delitos o faltas perseguibles sólo a instancia de parte (los llamados “delitos privados”), que en la actualidad han quedado reducidos a los de calumnia o injuria contra particulares, en donde se exige querrela del ofendido o de su representante legal (art. 215 CP y art. 104.1 LECrim)”. MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal... Op. cit.*, Págs., 97-98. “[La] naturaleza pública del delito condiciona, pues, al proceso penal y determina la estructuración o contenido de sus principios rectores que han de ser asumidos e interpretados, en todo caso, evitando toda idea de privatizar la justicia penal aun en aquellos aspectos que puedan considerarse no esenciales. Ello no quiere decir, por supuesto, que deba prescindirse de la aplicación de fórmulas derivadas del principio de oportunidad, dado que éstas, bien entendidas, no comportan privatización del delito o del proceso penal... Por ello y al margen de la admisibilidad de fórmulas de oportunidad, tales como la conformidad española, basadas en otro tipo de principios (economía procesal, satisfacción de la víctima y rehabilitación del delincuente entre otros), en caso alguno cabe en este proceso aplicar medios alternativos de resolución de conflictos privados como el arbitraje o medidas de terminación anormal del proceso basadas en la disposición del derecho como la renuncia, el allanamiento o el desistimiento, de manera que la aceptación y conferimiento a la voluntad del imputado o acusador de ciertos efectos se ha de examinar siempre desde una perspectiva distinta a como se hace en el proceso civil”. ASENCIO MELLADO, J.Mª.: *Derecho Procesal Penal... Op. cit.*, Págs., 29-31. “Puede ser definida la conformidad como una manifestación del principio de oportunidad por la que el acusado y su defensor muestran su aceptación a la pena más grave de las solicitadas, bien sean asumiendo la pena sin más, bien lo sea admitiendo la autoría de los hechos imputados, que tiene como efecto inmediato la emisión de una sentencia sin necesidad de celebrar el juicio oral y, por tanto, sin que se practique prueba alguna”. ASENCIO MELLADO, J.Mª.: *Derecho Procesal Penal... Op. cit.*, Pág., 257.

¹¹⁴⁷ “Los criterios de oportunidad que debe utilizar el Ministerio Fiscal para decidir sobre la renuncia a la acción penal se concretan de forma bastante esquemática en el art. 963.1.1ª LECrim, que establece dos de

- No existe un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado (arts. 963.1, 964.2 y 965.1 LECrim)¹¹⁴⁸.

conurrencia cumulativa: 1º.- La escasa gravedad del delito. El modelo de oportunidad por el que opta la reforma procesal se ciñe claramente a los denominados "delitos bagatela", en los que el interés público se valora en función del coste en recursos materiales y personales que representa su persecución. Si el hecho no presenta una mínima relevancia material que compense el coste del procedimiento, la norma prefiere renunciar a su persecución, dejando en manos del Fiscal la concreta ponderación de los intereses en liza. Este fundamento justificativo de la terminación anticipada del procedimiento exige ponderar la antijuricidad material de la conducta, en sus vertientes de acción y resultado, que habrá de ser valorada caso por caso en atención a las circunstancias del autor o partícipe y del hecho. La Ley resulta sumamente restrictiva, pues los delitos leves constituyen por su propia naturaleza la porción de infracciones penales menos relevantes de las comprendidas en la Parte Especial del Código, por lo que exigir del Fiscal que discrimine dentro de la categoría las conductas de menos trascendencia reduce el juego del principio de oportunidad a mínimos. El tenor literal de la norma no puede ser más expresivo cuando exige que se trate de delitos "de muy escasa gravedad", intensificando con el superlativo el carácter excepcional que nuestro ordenamiento concede a la renuncia del *ius puniendi*. Una vía hermenéutica que puede resultar útil para discernir las infracciones susceptibles de archivo anticipado es la de estudiar los tipos penales desde el punto de vista utilitario o finalista, considerando que si el delito legitima socialmente su existencia en la medida en que constituye un instrumento eficaz para la tutela de bienes jurídicos valiosos, la renuncia al ejercicio de la acción para exigir su castigo puede quedar justificada cuando se sienta una menor necesidad de tutela por las circunstancias concurrentes en el caso. Podemos asentar, en base a ello, dos parámetros complementarios: de un lado, el valor relativo del bien jurídico tutelado por la norma, y de otro, la intensidad del daño o riesgo efectivamente ocasionados. Desde el primer punto de vista, habrán los Sres. Fiscales de ser más exigentes, y por lo tanto menos proclives a solicitar el archivo de la causa, cuando el delito cometido afecte a bienes jurídicos de naturaleza personal, como son la integridad física y moral, la dignidad o la libertad. Desde el segundo punto de vista, la necesidad de protección es más intensa cuando se lesiona de forma efectiva el bien jurídico protegido en la norma, por haberse alcanzado la culminación del *iter criminis*, especialmente si del hecho punible se ha derivado un daño o perjuicio indemnizable que no ha sido debidamente compensado en el momento en que se evacúa el trámite de informe. También deberán ser valoradas circunstancias personales del autor como su edad juvenil (por estar comprendido entre los 18 y 21 años), carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza, ocasionalidad de su conducta infractora, arrepentimiento activo, disposición a reparar el mal causado, etc. La consulta de las anotaciones de condenas precedentes recaídas en juicio de faltas o por delito leve resulta en todo caso necesaria para una emisión fundada del informe. El Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, contempla en su artículo 2.3, entre otros, el Registro Central de Penados, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes y el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, fuentes de información de inapreciable valor para un adecuado ejercicio de nuestras funciones. Un ejercicio razonado de las facultades inherentes al principio de oportunidad no es posible sin la previa consulta de los antecedentes, a fin de determinar la existencia de factores que desaconsejen el informe de sobreseimiento, pues como señala la Circular 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, "la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien le consten antecedentes, reviste carácter excepcional, pues no tendría sentido que partiendo de una estricta literalidad del precepto se favorezca a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales". También puede ser un medio adecuado de indagación la solicitud a los Juzgados Decanos de la localidad de la hoja de anotaciones de procedimientos del autor". *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*. Págs., 25-27.

¹¹⁴⁸ "Ausencia de interés público en la persecución del hecho. En gran medida el interés público en el ejercicio de la acción penal es un concepto directamente relacionado con la antijuricidad material de la

conducta, por lo que este criterio se solapa parcialmente con el anterior. No obstante, existen factores externos al hecho cometido que deben ser considerados al aquilatar la necesidad de la pena: la finalidad de afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico conculcado, por ejemplo, que es más exigente cuando la comunidad sufre con frecuencia hechos de la misma naturaleza (hurtos flagrantes en determinados espacios públicos de la ciudad, p.e.), o, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, la necesidad de brindar a la víctima una protección efectiva de sus intereses y un respeto a su voluntad manifestada, en concordancia con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y de nuestro propio ordenamiento jurídico desde la publicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, EVD). El tenor legal refrenda este criterio en la medida en que el inciso final de la letra b) del art. 963.1.1ª LECrim concluye disponiendo que "En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado". Este inciso, en la medida en que asocia el interés público a la realización de las legítimas expectativas de reparación penal y civil de la víctima, exige del Fiscal una actitud cautelosa a la hora de seleccionar los casos en que optará por renunciar al ejercicio de la acción penal. La cautela no puede ser menor tratándose de delitos leves que afecten a la integridad física y moral o a la libertad de las personas, pues se trata de bienes que en una razonable ponderación axiológica no pueden ser pospuestos a los de índole patrimonial. La denuncia de la víctima y la pendencia de un daño indemnizable no compensado, sin ser impedimentos absolutos para el ejercicio del principio de oportunidad, pues la Ley no establece prohibiciones explícitas, constituyen elementos que en principio han de disuadir de su ejercicio, pues la configuración que la reforma penal da a la oportunidad reglada como excepción al principio de oficialidad de la acción penal ex art. 105.1 LECrim, trata de conjurar el riesgo de que el archivo anticipado del procedimiento redunde en menoscabo de legítimas expectativas de tutela que puedan albergar los particulares afectados. Tampoco hemos de perder de vista, desde una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, que el EVD ha reconocido a la víctima un extenso derecho de participación activa en el proceso penal (art. 3.1 EVD), que una crisis anticipada del procedimiento desencadenada por la acusación pública podría frustrar. Resulta esencial por ello que el Ministerio Fiscal antes de evacuar su informe disponga de los elementos de juicio necesarios para evaluar la opinión de la víctima, los cuales deben extraerse del propio atestado, pues el procedimiento para delitos leves no tiene prevista fase de instrucción judicial. La valoración del interés público, en definitiva, no puede hacerse al margen o en contra de la voluntad manifestada por la víctima de denunciar y perseguir los hechos, salvo, lógicamente, en aquellos casos en que ésta resulte infundada, irracional o arbitraria, constituya un ejercicio abusivo de su derecho, o se aparte claramente del interés general, pues una cosa es que exista un interés público en dignificar y realzar la posición jurídica de la víctima en el proceso, y otra muy distinta que la voluntad del particular tenga la facultad inapelable de definir en cada caso el sentido definitivo que hay que dar a ese interés público. En la indagación de la posición de la víctima frente al proceso, denuncia y ofrecimiento de acciones constituyen momentos de especial significación. La denuncia es un medio de transmisión de la *notitia criminis* que en el ámbito de procedimiento para el juicio sobre delitos leves es suficiente para constituir en parte acusadora al ofendido o perjudicado, sin mayores exigencias de postulación. Cuestión distinta es la denuncia tácita. La voluntad de vindicar el delito sufrido no puede inferirse, sin más, de la protocolaria manifestación de "quedar enterado" al recibir el ofrecimiento de acciones previsto en el art. 109 LECrim, aunque en otro contexto se le haya podido reconocer valor para cumplimentar la condición de procedibilidad. En sentido inverso, constituye expresión suficiente de desinterés procesal la manifestación del deseo de no volver a ser citado, de que se archive la causa, o el hecho concluyente de desatender sin causa justificada los llamamientos de la Policía o del juzgado. Comoquiera que el trámite del procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves sitúa el informe de oportunidad del Fiscal en el momento inmediato posterior a la incoación del procedimiento, lo normal es que si éste se origina en un atestado policial, sea en el mismo donde conste documentado el ofrecimiento de acciones a los ofendidos y perjudicados por el delito, y la respuesta dada por los interesados, conforme a lo previsto en el art. 962.1, inciso último LECrim, por lo que habrá de exigirse que al traslado de las actuaciones se acompañe copia del atestado con el fin de comprobar tales extremos. Si, por el contrario, el procedimiento se incoa en virtud de denuncia directa de la víctima, debemos asumir que existe una voluntad declarada de ejercitar la acción penal que habrá de ser tenida en cuenta. Si la víctima retira la denuncia en un momento posterior, o pone de manifiesto su deseo de que el procedimiento se archive, antes del traslado al Fiscal a efectos de informe de oportunidad, se estará a la última voluntad expresada. Una vez evacuado informe favorable a la prosecución del procedimiento y al señalamiento de juicio oral, deberán evitarse nuevos traslados al Fiscal por el mero hecho de que la víctima rectifique su anterior criterio, salvo casos excepcionales. En caso de pluralidad de víctimas por el mismo hecho punible, se valorará la postura adoptada en relación con el procedimiento por todas y cada una de ellas, debiendo estimarse necesaria la prosecución de la causa si una o varias se pronuncian con

Se trata, en consecuencia, de un principio de oportunidad *tasada o reglada*, en el que el Fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley, y *puro*, en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata¹¹⁴⁹.

suficiente claridad a favor de acogerse a la tutela que les puede ofrecer el orden jurisdiccional penal”. *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*. Págs., 27-31. Dispone el artículo 963.1 de la LECrim: “1.- Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1ª.- Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. En este caso comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados conforme al apartado 1 del artículo anterior. El sobreseimiento del procedimiento será notificado a los ofendidos por el delito”. Y el artículo 964.2: “2.- Recibido el atestado conforme a lo previsto en el párrafo anterior, y en todos aquellos casos en que el procedimiento se hubiere iniciado en virtud de denuncia presentada directamente por el ofendido ante el órgano judicial, el juez podrá adoptar alguna de las siguientes resoluciones: a) Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando resulte procedente conforme a lo dispuesto en el numeral 1ª del apartado 1 del artículo anterior. La resolución de sobreseimiento será notificada a los ofendidos por el delito. b) Acordará celebrar de forma inmediata el juicio si, estando identificado el denunciado, fuere posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia y concurran el resto de requisitos exigidos por el artículo 963”. Establece el artículo 965.1 “1.- Si no fuere posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia, se seguirán las reglas siguientes: 1ª Si el juez estimare que la competencia para el enjuiciamiento corresponde al propio juzgado de instrucción y que no procede el sobreseimiento conforme a lo dispuesto en el numeral 1ª del apartado 1 del artículo 963, el secretario judicial procederá en todo caso al señalamiento para la celebración del juicio y a las citaciones procedentes para el día hábil más próximo posible dentro de los predeterminados a tal fin, y en cualquier caso en un plazo no superior a siete días. 2ª Si el juez estimare que la competencia para el enjuiciamiento corresponde a otro juzgado, el secretario judicial le remitirá lo actuado para que se proceda a realizar el señalamiento del juicio y las citaciones con arreglo a lo dispuesto en la regla anterior”.

¹¹⁴⁹ *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*. Págs., 15-17. “La principal novedad de estos nuevos juicios, de índole esencialmente sustantiva, es el de la regulación por primera vez en el derecho penal de adultos del principio de oportunidad en la persecución de infracciones penales. El legislador hace propio este principio de oportunidad que ya fuera anticipado en los borradores de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (art. 58) y de Código Procesal Penal de 2012 (arts. 90 y 91), aplicándolo solamente respecto de los delitos leves”. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: << Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales >> en *Diario La Ley*. N° 8524, Sección Doctrina, 22 de Abril de 2015, Ref. D-155. Ed. La Ley. Pág., 8. “Es evidente que la nueva institución del principio de oportunidad es atribuida al Ministerio Fiscal como único legítimo representante de la acusación pública; en el sentido que, ejercitada por el fiscal tal facultad de hacer valer el principio de oportunidad en un caso concreto, vinculará sin duda a la autoridad judicial... Sin embargo, la posición de los perjudicados queda en una nebulosa jurídica... sin que de forma explícita se les reconozca legitimación para conseguir la celebración del juicio, cuando muestren su disconformidad con la decisión tomada por el fiscal y asumida por el juez de instrucción. Considero, en cualquier caso, que

3.2.1.- INOPERATIVIDAD DE LA CRISIS ANTICIPADA POR INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA

Guarda relación directa la antijuridicidad material de las conductas incriminadas con el bien jurídico protegido, por lo que es posible discriminar las pautas de actuación del Fiscal por categorías de delitos. A tal fin la *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*, ha dispuesto instrucciones de actuación para los Fiscales que persiguen “enmendar y corregir” los errores del legislador al degradar a la categoría de delitos leves conductas que con anterioridad a la reforma eran delitos menos graves (y por tanto no serán de muy escasa gravedad como exige la LECrim para que se inste el sobreseimiento). Además la Circular hace mención expresa a la ocupación pacífica de inmuebles (entendemos que por la trascendencia y relevancia de la conducta tipificada).

A) *En relación a los delitos leves de naturaleza patrimonial*

“Nos referimos al hurto (art. 234.2 CP), sustracción de cosa propia (art. 236 CP), alteración de términos y lindes (art. 246 CP), distracción de aguas (art. 247 CP), estafa (art. 249.2 CP), administración desleal (art. 252.2 CP), apropiación indebida (art. 253.2 CP), apropiación indebida impropia, de cosa perdida o recibida por error (art. 254 CP),

lege data debería reconocerse al ofendido por el delito la posibilidad de, recurriendo la decisión de sobreseimiento, cuestionar la decisión del Ministerio Fiscal de aplicar al caso concreto el principio de oportunidad. Estamos hablando de víctimas de infracciones penales, con un interés jurídico incuestionable para hacer valer su pretensión penal, el *ius ut procedatur*, independientemente del interés mostrado por la acusación pública por considerar adecuada o no la persecución penal de los hechos”. RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: << Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Pág., 9. “Hacer constar, sin embargo, que la aplicación del principio de oportunidad de los arts. 962 y ss., LECrim., que antes regulaba la tramitación del juicio de faltas exigiría, también, que antes de acordar el sobreseimiento de las diligencias incoadas por delito leve se hubiera seguido la vía de la mediación penal para conseguir esa indemnización que permitiría a las víctimas cobrar lo que tienen derecho, porque, sin más, la aplicación del principio de oportunidad por delitos leves dejaría insatisfecha a las víctimas que por serlo de un delito leve no dejan de ser menos víctimas que las que lo son por delitos graves o menos graves, y, también, con el mismo derecho a ser resarcidas de la indemnización que les pueda corresponder”. MAGRO SERVET, V.: << El nuevo proceso de aceptación por decreto en la reforma de la LECrim >> en *Diario La Ley*. Nº 8584, Sección Tribuna, 16 de Julio de 2015, Ref. D-287. Ed. La Ley. Pág., 2. *Vid.*, TORO PEÑA, J.A.: << Principio de oportunidad reglado >> en *Diario La Ley*. Nº 8614, Sección Tribuna, 28 de Septiembre de 2015. Ref. D-352. Ed. La Ley. Págs., 14-16; GIMENO SENDRA, V.: << El principio de oportunidad y el M.F. (1) >> en *Diario La Ley*. Nº 8746, Sección Doctrina, 21 de abril de 2016. Ed. La Ley. Págs., 1-10.

defraudación de fluidos, energía y telecomunicaciones (art. 255 CP), uso no autorizado de terminal de telecomunicaciones (art. 256 CP) y daños dolosos (art. 263.1, pfo. segundo CP). En todos estos supuestos, siguiendo los parámetros del art. 963.1.1ª, inciso final LECrim, a los que se ha aludido más arriba, el Fiscal podrá renunciar al ejercicio de la acción penal e informar a favor del sobreseimiento y archivo de la causa si la víctima no ha denunciado los hechos, después de denunciados ha puesto de manifiesto su deseo de retirar la denuncia, o de cualquier otra forma ha hecho saber en sede policial o judicial que no tiene interés en la incoación o prosecución del procedimiento (p.e., solicitando no ser citado a juicio). Si por el contrario, la víctima denuncia directamente los hechos en la Policía o en el Juzgado, o en el curso de la tramitación del atestado policial o incoado el procedimiento manifiesta una voluntad explícita de denuncia, el Fiscal informará a favor de la prosecución del procedimiento y la celebración del juicio oral, especialmente si existen indemnizaciones pendientes de satisfacer, salvo casos excepcionales.

Se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio en los delitos previstos en los arts. 236 CP (sustracción de cosa propia), 246 CP (alteración de términos y lindes), 247 CP (distracción de aguas), 254 CP (apropiación indebida impropia), 255 CP (defraudación de energía, fluido o telecomunicaciones) y 256 CP (uso no autorizado de terminal de telecomunicación ajeno) cuando el objeto, cantidad o utilidad ilícitamente obtenida hubiera alcanzado un valor superior a los 400 euros, en atención a la mayor gravedad intrínseca de estas conductas y al hecho de que hasta la reforma de 2015 estos supuestos constituían delito menos grave y se sancionaban con la misma pena de multa...

A fin de evitar efectos criminógenos, en supuestos de reiteración en los delitos leves patrimoniales no procederá dar eficacia a la reparación del daño para postular el archivo”¹¹⁵⁰.

B) Particular referencia a la ocupación pacífica de bienes inmuebles

¹¹⁵⁰ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Págs., 32-34.

Continúa manifestando la referida Circular de FGE: “*Del mismo modo, se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del art. 245.2 CP por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal*”¹¹⁵¹.

3.3.- Delito perseguible de oficio

En la ocupación pacífica de bienes inmuebles prima el interés público en la persecución penal, pues, como manifiestan HERRERO HERRERO: “estamos ante una figura delictiva de carácter público”, y BARBER BURUSCO: “se trata de un delito perseguible de oficio”¹¹⁵².

El proceso penal comenzará como consecuencia de la realización ante el órgano jurisdiccional de cualquiera de los actos que la Ley establece al efecto. Estos pueden ser la denuncia, la querella y, excepcionalmente, la iniciación de oficio por el Juez competente¹¹⁵³.

¹¹⁵¹ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Pág., 33.

¹¹⁵² HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* Op. cit., Pág., 166; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 15. “Según las condiciones de procedibilidad, se distingue entre delitos perseguibles de oficio (la investigación criminal se inicia por iniciativa del órgano jurisdiccional competente) y delitos perseguibles a instancia de parte (que exigen denuncia o querella por parte del ofendido)”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 120. “La atribución de “un delito perseguible de oficio”, que remite al concepto penal de delito y al procesal penal de perseguibilidad de oficio”. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 194. “En el proceso penal por delitos perseguibles de oficio (los llamados “delitos públicos”) es parte necesaria el MF y puede intervenir también (parte contingente) cualquier español, haya sido o no ofendido por el delito, y los extranjeros, por los cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados (arts. 101 y 270 LECrim). En el proceso por delitos perseguibles sólo a instancia de parte (los llamados “delitos privados”) es parte necesaria el acusador privado”. MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...* Op. cit., Pág., 94. “La iniciación de los procesos por delito privado corresponde exclusivamente al perjudicado y sólo por medio de querella, a diferencia del resto de procesos penales; por tanto, la querella del agraviado se erige en presupuesto procesal de perseguibilidad del delito”. MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...* Op. cit., Pág., 507.

¹¹⁵³ ASENCIO MELLADO, J.Mª.: *Derecho Procesal Penal...* Op. cit., Págs., 129-135; MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal...* Op. cit., Págs., 177-188.

La denuncia en palabras de MARTÍ MARTÍ supone “la materialización externa de la falta de consentimiento de la propiedad frente a esa ocupación... Expresa de forma indubitada que no autoriza esa ocupación y que solicita su finalización inmediata. En definitiva, no autoriza la posesión y no legitima la misma”¹¹⁵⁴.

Aunque la denuncia de la ocupación ilegal la puede hacer cualquier persona, bien la comunidad de vecinos, el administrador de fincas, o un vecino, es preceptivo que el Juez tome declaración al titular del inmueble, al objeto de que declare sobre los hechos y manifieste si la ocupación es con su consentimiento o no. Por ello, una cosa es que el hecho sea perseguible de oficio y otra la legitimación de la que carecen denunciadores ajenos, ya que el titular debe declarar sobre el hecho¹¹⁵⁵.

En la práctica será muy difícil la incoación de un procedimiento judicial por tales delitos sin la iniciativa de quien alega que se obró contra su voluntad. Sin embargo, a juicio de MANZANARES SAMANIEGO, “quizá la conversión de estas infracciones en delitos privados hubiera presentado algunas ventajas, si se estimase acertada la posibilidad del perdón. La regulación española impide toda reconsideración una vez cometido el delito”. En la misma línea ZULUETA manifiesta que “podría, con un sentido lógico, haberse considerado un delito perseguible a instancia de parte, y sin embargo es considerado un delito público”¹¹⁵⁶.

No parece que estemos ante una conducta de tan escaso interés público que permita su transformación en delito privado, equiparándola a las injurias o calumnias, en que el perdón del ofendido extinga la responsabilidad criminal. Como ya se ha expuesto, con ocasión de la introducción del principio de oportunidad reglada en la regulación de la tramitación de los delitos leves en la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

¹¹⁵⁴ MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Pág., 10; MARTÍ MARTÍ, J.: << Los colectivos “okupas” y la respuesta del Derecho Penal >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Págs., 2-3.

¹¹⁵⁵ MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario... Op. cit.*, Pág., 88.

¹¹⁵⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 915; ZULUETA, E.: << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar... Op. cit.*, Pág., 55. Desde la LO 1/2015 sí puede existir esa “reconsideración” de la que habla MANZANARES SAMANIEGO a través de la introducción del principio de oportunidad reglada en el ámbito de los delitos leves.

Fiscalía General del Estado manifiesta que “*interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio*”. Tampoco parece que nos encontremos ante una conducta tan irrelevante, ni de tan escasa o nula trascendencia social y de repercusión tan sólo en la esfera privada, para transformarla en delito privado, cuando MAGRO SERVET advierte que “en ocasiones los vecinos de los ocupas, ya sea en régimen de comunidad de propietarios o de simple vecindad, no se atreven a denunciar el estado de ocupación ilegal por temor a represalias, lo que supone que los titulares desconozcan que su inmueble haya sido ocupado”¹¹⁵⁷.

La Jurisprudencia *menor*, a efectos de perseguibilidad establece que es un delito público, perseguible de oficio, que no requiere de denuncia previa ni de la personación del perjudicado; que no es requisito de procedibilidad haber ejercitado, previamente a acudir al orden jurisdiccional penal, las acciones civiles correspondientes para obtener la posesión de los bienes inmuebles pues no está expresamente previsto en nuestro ordenamiento; y que el apartamiento tácito del proceso no hace decaer la eficacia inicial de la denuncia¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁷ Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Pág., 33. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario...* Op. cit., Pág., 88.

¹¹⁵⁸ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 25-10-2006, nº 390/2006, rec. 274/2006, Pte: Alhambra Pérez, María Catalina Pilar (EDJ 2006/395479): “No se entienden los argumentos del recurso más allá de una mera referencia a la situación de marginalidad en la que puede vivir el acusado, pero que tampoco justifica. Expone que falta un requisito de procedibilidad, sin embargo *es un delito perseguible de oficio* y el hecho de que el IVIMA, como ente administrativo propietario del inmueble, no se haya personado en las actuaciones, no es óbice para que éstas se sigan y se dicte una sentencia condenatoria si hay prueba para ello”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 26-10-2012, nº 442/2012, rec. 295/2012, Pte: Álvaro López, Mª Cruz (EDJ 2012/288923): “Comenzando por estas dos últimas alegaciones, que nada tienen que ver con el motivo dentro del que se mantienen, debemos señalar que el tipo delictivo recogido en el artículo 245.2 del Código Penal por el que ha sido condenada la recurrente, ni exige para su consumación la práctica o ejercicio de fuerza para el acceso a la vivienda ajena, bastando que se haga sin autorización de sus titulares, *ni requiere para su persecución de denuncia ni de ejercicio de la acción penal por los perjudicados, siendo una infracción perseguible de oficio*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, A 25-6-2012, nº 499/2012, rec. 455/2012, Pte: García Llamas, Juan Pelayo (EDJ 2012/173049): “Los hechos objeto de las actuaciones serían relativos a un posible delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal, que *no requiere denuncia previa ni reclamación del perjudicado*, es susceptible de ser imperfectamente ejecutado y no precisa de una conducta violenta en la persona o en las cosas”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 27-9-2012, nº 377/2012, rec. 388/2011, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2012/237987): “Por otra parte, el tipo penal *no requiere de la denuncia previa del titular de la vivienda*. Basta con que la entrada en la misma se haga sin su consentimiento. Se trata de una cuestión a determinar en fase probatoria, que de ordinario resultará del hecho mismo de la denuncia del titular del inmueble, pero que es compatible con otros medios probatorios”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 21-1-2015, nº 34/2015, rec. 5/2015, Pte: Lasala Albasini, Carlos (EDJ 2015/11103): “En el caso que nos ocupa, el delito tipificado en el artículo 245.1 º y 2º del Código Penal vigente, *se persigue "de oficio" sin necesidad de previa denuncia* de la persona física

o jurídica dueña del inmueble o vivienda ocupada ilegalmente”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, A 10-6-2009, nº 135/2009, rec. 200/2009, Pte: Larrosa Amante, Miguel Ángel (EDJ 2009/153531): “Si se examina el texto de la denuncia y los posteriores escritos presentados por la parte apelante es posible apreciar que se están facilitando unos hechos (ocupación de dos fincas propiedad de los denunciados y extracción de dichas fincas de áridos destinados a la construcción de una carretera, en ambos casos con la oposición expresa de los denunciados) que inicialmente podrían ser encuadrados en los delitos de usurpación del artículo 245.2 CP y de daños del artículo 263 CP, y por tanto, dada esta inicial apariencia delictiva y en atención a la documental aportada por los denunciados a las actuaciones, existe la necesidad de investigar los hechos, precisamente para obtener la conclusión de si concurren o no los elementos de cada uno de los tipos penales señalados. Y para ello es preciso la práctica de algunas diligencias de investigación mínimas iniciales, entre ellas las solicitadas por el propio denunciante de ratificación del informe pericial y de declaración del denunciado, imprescindibles a la hora de determinar si los terrenos ocupados eran propiedad de los denunciados, si la ocupación fue temporal o permanente, si la ocupación de los terrenos fue legítima o al menos consentida por sus propietarios, las causas o títulos por los que se produjo la extracción de áridos, la persona o personas físicas que dieron las órdenes a tal efecto, y en definitiva los hechos determinantes de la responsabilidad penal que se denuncia. Una vez practicadas las diligencias mínimas de investigación la juez de instrucción deberá de adoptar la decisión oportuna sobre los hechos denunciados, pero *no es posible aceptar el sobreseimiento acordado cuando la denuncia contiene los elementos necesarios para iniciar una investigación penal, pues no se olvide que se trata de delitos públicos*. En definitiva procede revocar la resolución apelada”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652): “Pero la sala no comparte este razonamiento de la juez a quo. El mero curso del procedimiento penal no sirve para valorar la conducta de los acusados, de cara al análisis de los requisitos de tipicidad penal, pues necesariamente el delito de usurpación en la modalidad ahora analizada tendría que estar cometido, cumplidos todos sus requisitos sustanciales, entre ellos el del dolo necesario, al momento de la interposición de aquella denuncia inicial pues no cabe aceptar la existencia de una especie de procedimiento penal preventivo que tendría por objeto, siguiendo ese mismo razonamiento, comprobar si con el mero avance de las diligencias judiciales se comete o no el delito inicialmente denunciado. El art. 259 de la LECrim establece que *“el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción, de Paz,...., o funcionario Fiscal más próximo al sitio en que se hallare...”*. Igualmente, del art. 100 de la misma Ley de Ritos se deduce que *“de todo delito o falta nace la acción penal para el castigo del culpable...”*, o sea, *a sensu contrario*, que la acción penal se inicia cuando el delito o falta están ya cometidos o, al menos, se ha iniciado su ejecución en una intensidad suficiente como para poder calificar dicha conducta como posible infracción penal. En definitiva, la denuncia sirve para facilitar la *noticia criminis* ya producida y conocida pero no, como hace la sentencia apelada, para comprobar si justo a partir del momento en que se interpone dicha denuncia - que es una de las formas previstas por la ley de iniciarse el procedimiento penal- se comete o no el delito que se está denunciando. Si se presenta una denuncia y el delito no estuviera cometido, bien en grado de consumación bien al menos en grado de tentativa, es evidente que estaríamos en presencia de una denuncia falsa. Sin delito cometido no hay justificación para interponer denuncia alguna”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, A 19-11-2008, nº 784/2008, rec. 716/2008, Pte: Grau Gasso, José (EDJ 2008/283974): “En la querella se explica que los hermanos Juan Ramón , José y Héctor habían sido copropietarios de un parking conocido como... situado en la calle... y calle... de Barcelona y que en virtud de una sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 29 de Barcelona se acordó la disolución de dicha comunidad de bienes y la división de las plazas de aparcamiento adjudicando a cada uno de los tres cotitulares una tercera parte de las plazas resultantes, haciéndose efectiva dicha división y adjudicación de las plazas de aparcamiento por auto dictado en fecha 3 de junio del año 2004 por el mismo Juzgado de 1ª Instancia núm. 29 de Barcelona. A pesar de todo ello, según manifiestan los querellantes, Héctor y su hijo han seguido utilizando como si fueran de su propiedad algunas de las plazas de aparcamiento que fueron adjudicadas a los querellantes por el auto dictado en fecha 3 de junio del año 2004. En algunos casos los querellantes siguen manteniendo la posesión de dichas plazas de aparcamiento en contra de la voluntad de sus dueños y en otros han procedido a arrendarlas a terceras personas y entienden que los hechos expuestos pueden ser calificados de un delito de usurpación de inmuebles y otro de estafa del art. 251.1 del Código Penal El Juzgado de Instrucción acordó inadmitir a trámite la querella por entender que los querellantes no han agotado todas las vías establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para proceder a la ejecución de las sentencias civiles, y que los delitos mencionados no pueden haberse cometido en tanto no se haya dado a los querellantes posesión de los bienes objeto del presente litigio. El razonamiento de la resolución recurrida no nos parece suficientemente consistente, toda vez que si los querellantes vendieran las plazas de

4.- Prescripción

El Título VII del Libro I del Código Penal se refiere a la “Extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos”. En su Capítulo I se contienen las “Causas que extinguen la responsabilidad criminal”. Tales causas, enumeradas en el artículo 130 son

aparcamiento a terceras personas que no tuvieran ningún vínculo con los querellados difícilmente podría exigírseles que acudieran al procedimiento civil como trámite previo frente a una utilización fraudulenta de sus bienes por parte de los querellados. Por otra parte, el delito de usurpación, en la modalidad prevista en el art. 245.2 del Código Penal, castiga a quien se mantiene en la posesión de un inmueble en contra de la voluntad de su titular, sin necesidad de que concurra ningún tipo de violencia o intimidación, siendo patente que el delito se consuma aunque el titular no haya adquirido la posesión del inmueble de su propiedad. A la misma conclusión se llega en relación al delito de estafa previsto en el primer apartado del art. 251 del Código Penal, el cual puede cometerse sin necesidad de que el verdadero propietario del inmueble tenga la efectiva posesión del mismo. Es más, para poder arrendar el inmueble parece necesario que el verdadero propietario no ostente la posesión del mismo, debiendo destacarse como dicho precepto ha previsto expresamente que la conducta del sujeto activo se realice tanto en perjuicio de arrendatario como en perjuicio de un tercero (como es el caso del propietario del bien inmueble). De todo lo expuesto se deduce que el delito de usurpación y el delito de estafa no requieren, como requisito previo, que los propietarios de los bienes inmuebles sobre los cuales se realiza la acción típica hayan tomado posesión efectiva de los mismos y, por tanto, sin que *el hecho de no haber ejercitado las acciones civiles correspondientes para obtener la posesión de dichos bienes se convierta en un requisito de perseguibilidad que no está expresamente previsto en nuestro ordenamiento*”. Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, S 30-11-2010, nº 166/2010, rec. 1/2010, Pte: García Castillo, José Tomás (EDJ 2010/306413): “Mediante el primer motivo de recurso se alega la ausencia de hecho delictivo en aplicación del principio de mínima intervención del Derecho Penal. Nada tiene que objetar la Sala a la fundamentada exposición teórica llevada a cabo con carácter general por la parte apelante al respecto de dicho principio, mas hemos de discrepar de la conclusión a la que se trata de llegar con relación al caso, según la cual la actuación del hoy recurrente no es merecedora de sanción penal ya que existen mecanismos jurídicos de protección de la propiedad en otros ámbitos del Derecho, pues parece evidente que *si en la conducta en cuestión concurren todos y cada uno de los elementos constitutivos de un tipo penal, como entendemos que aquí sucede, la perseguibilidad de dicha actuación a través del proceso criminal deviene indiscutible*, siempre con independencia de que, dentro del marco del propio procedimiento penal, puedan ejercitarse, con estricta sujeción a las normas procesales, las acciones civiles que puedan corresponder al perjudicado para la restauración del orden jurídico lesionado por el hecho delictivo, debiendo así rechazarse el primer motivo de apelación”. Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 16-3-2009, nº 46/2009, rec. 22/2009, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2009/105351): “*Sin que por lo tanto pueda hacerse depender el ilícito, como pretende la parte recurrente, de la personación en los autos de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, pues ello no es requisito de perseguibilidad del ilícito penal*, ni puede deducirse un consentimiento tácito por un empadronamiento, que no es otra cosa, que una manifestación de voluntad del interesado, ni la existencia de un contrato en el que no es parte la víctima del delito. No pudiendo prosperar tampoco la alegación, de la existencia de situaciones similares, pues la pluralidad de ilícitos, no confieren bondad a la acción, para que pueda ser extraída del catálogo que supone el Código Penal”. Audiencia Provincial de Huelva, sec. 2ª, S 6-7-2011, nº 92/2011, rec. 197/2011, Pte: Bodega de Val, Andrés (EDJ 2011/247845): “Se apela la sentencia que condenó a la recurrente como autora de un delito del artículo 245.2 del Código penal; alega la recurrente insuficiencia de la prueba de cargo, exceso en la pena por ser superior a la solicitada por la acusación y falta de denuncia como condición de perseguibilidad... Respecto a esto último la condición de perseguibilidad quedó cumplida desde el inicio de proceso, abierto por expresa denuncia del perjudicado que llegó a personarse como acusación particular y del que no costa sino incomparecencia a la vista. En todo caso si no era necesaria su participación activa tras presentar la denuncia, único requisito para que la Fiscalía ejerza la acción penal, *su apartamiento tácito del proceso no hace decaer la eficacia de esa inicial denuncia*. Ciertamente en cambio lo relativo a la medida de la pena, pero ocioso, como veremos ahora, por aceptación del alegato sobre falta de prueba de cargo”.

las siguientes: muerte del reo, cumplimiento de la condena, remisión definitiva de la pena, indulto, perdón del ofendido cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancia del agraviado o la ley así lo prevea, prescripción del delito y prescripción de la pena o medida de seguridad.

Estas causas de extinción hacen desaparecer la responsabilidad penal directamente derivada de la comisión de un delito (no la civil ni otras consecuencias jurídicas no penales), y no sólo la que ya haya sido acreditada en sentencia firme. Se pueden clasificar atendiendo al momento en que desencadenen sus efectos:

- Unas pueden operar, extinguiendo la responsabilidad criminal, con carácter previo a la existencia de sentencia firme, ya sea durante el procedimiento o antes de iniciarse éste, pero en todo caso antes de que exista condena: el perdón y la prescripción del delito.
- Otras sólo extinguen la responsabilidad acreditada en sentencia firme, y por tanto después de la imposición de una pena o medida de seguridad: cumplimiento de la condena, remisión definitiva de la pena, indulto, y prescripción de la pena o medida de seguridad.
- Las hay que pueden operar indistintamente antes o después: muerte del reo¹¹⁵⁹.

De todas las causas de extinción de la responsabilidad criminal únicamente se analizará la prescripción del delito y de la pena por las particularidades que puede presentar en relación a la ocupación pacífica de bienes inmuebles.

¹¹⁵⁹ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 767-790; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 20.- Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos. Sección 1.- Causas que extinguen la responsabilidad penal >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Págs., 565-590; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 667-685; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 947-957; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 188; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 402-408; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 597-602; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 580.

La prescripción, ya sea del delito o de la pena, consiste, en palabras de RODRÍGUEZ DEvesa y Serrano Gómez, en la “extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer la pena o a hacer ejecutar la pena ya impuesta”. Como dice COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, supone “la renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado pues, por el paso del tiempo, ha perdido su interés”¹¹⁶⁰.

La prescripción en el orden penal es conceptuada como institución de naturaleza sustantiva o material, fundada en principios de orden público, interés procesal o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el “ius puniendi”, por lo que la aplicación de la prescripción depende exclusivamente de la presencia de los elementos objetivos de paralización del procedimiento y transcurso del plazo legalmente establecido, con independencia y al margen de toda referencia a la conducta procesal. Así pues, esta naturaleza sustantiva lleva al reconocimiento y admisión de la prescripción siempre que concurran los presupuestos materiales en que se asienta: paralización del procedimiento y el lapso de tiempo correspondiente, no debiendo existir ningún otro condicionamiento procesal, ni procedente de la Ley de

¹¹⁶⁰ Vid., RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., y Serrano Gómez, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 681; COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 955; GUINARTE CABADA, G.: << Prescripción de los delitos y de las penas >> en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (DIR.); MATA LLÍN EVANGELIO, A., y GÓRRIZ ROYO, E. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Págs., 451-461. “Se diferencian de las causas de justificación y de exculpación en que no afectan para nada a la existencia del delito, sino a su perseguibilidad en el proceso penal. Por eso, algunas de ellas son tratadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como *artículos de previo pronunciamiento* (arts. 666 y ss. LECrim), de forma que su apreciación impide la continuidad del proceso o la condena del acusado, si se llegan a apreciar en sentencia. De las causas de extinción de la responsabilidad criminal citadas en el art. 130.1 del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento criminal en su art. 666 sólo cita el cumplimiento de la condena (excepción de cosa juzgada), la prescripción del delito y el indulto. Pero también las otras tienen, de hecho, la misma función práctica de impedir la condena del autor o interviniente en la comisión de un delito completo en todos sus elementos”. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 402-403. “Si el órgano judicial está condicionado por la ausencia de acusación, no lo está en todo caso por la acusación; es decir, no siempre que se solicita la apertura del juicio oral tiene que abrir el juicio, pues los arts. 645 y 783 le permiten sobreseer cuando el hecho no sea constitutivo de delito (art. 637.2º). Si interpretamos los supuestos del art. 666, tal como lo hemos hecho anteriormente, tendríamos que llegar a la conclusión de que también podría dictarse auto de sobreseimiento cuando el órgano judicial entendiera que existe prescripción de delito, indulto o, incluso, cosa juzgada. En los dos primeros casos (prescripción o indulto), de acuerdo con el art. 130 del CP, se produce una extinción del delito. En el supuesto de la cosa juzgada, dándose la identidad de los hechos juzgados y de nuevo acusados hay que llegar a la conclusión de que es imposible no ya la condena sino, previamente, el enjuiciamiento del hecho. No obstante, el resultado práctico es el mismo, pues donde no hay acción no hay sanción”. MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal... Op. cit.*, Pág., 342.

Enjuiciamiento Criminal ni trasvasado de la estructura característica de su homónima institución civil para decretar la exención de la responsabilidad penal, y ello, entre otras, con la siguiente característica, la posibilidad de ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento u oportunidad procesal, siendo temporal su alegación, incluso si es cuestión nueva¹¹⁶¹.

¹¹⁶¹ Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 16-1-2003, rec. 217/2001, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2003/42349). *Vid.*, Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, A 25-2-2005, nº 16/2005, rec. 5/2005, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2005/237931): “La prescripción penal obedece a principios de orden público, interés general y de orden criminológico, respondiendo a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos que según la trascendencia de la infracción delictiva establece el ordenamiento jurídico-penal. De ahí que, encontrándose en apoyo de la prescripción razones de todo tipo, subjetivas, objetivas, éticas y prácticas, se precise que se trata de una institución que pertenece al derecho material penal y concretamente a la noción del delito y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (SS T.S. de 18 junio 1992, 20 septiembre 1993 y 3 marzo 1995). Asimismo, constituye doctrina consagrada la de que la prescripción debe ser estimada, concurrentes los presupuestos sobre que se asienta (paralización del procedimiento y lapso de tiempo correspondiente), aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales formales concebidas al efecto, en aras a evitar que resulte condenada una persona que, por especial previsión y expresa voluntad de la ley, tiene extinguida la posible responsabilidad penal contraída; pudiendo ser apreciada de oficio en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, A 9-2-2009, nº 145/2009, rec. 61/2009, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2009/36774): “La prescripción del delito es un instituto de naturaleza material que se funda en la renuncia por parte del Estado al ejercicio del derecho a penar, en razón a que el tiempo transcurrido borra de alguna manera los efectos de la infracción de tal manera que apenas existe la memoria social de la misma. El derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas no se identifica con la prescripción. Aquel cuenta con correctivos para quien lo provoca y para quien lo sufre, mientras que la prescripción al fundarse en la inactividad total, lo que supone es el abandono de las exigencias procesales de la acción persecutoria. Se justifica así que sean distintas sus consecuencias”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, A 27-5-2010, nº 382/2010, rec. 370/2010, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2010/129058); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 25-2-2015, nº 145/2015, rec. 1821/2014, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel (EDJ 2015/27317): “La institución de la prescripción, cuya naturaleza jurídica ha sido discutida largamente por la doctrina, constituye una causa legal de extinción de la responsabilidad criminal (artículo 130.6 del Código Penal) por el transcurso del tiempo, bien a partir del momento de comisión del hecho delictivo de que se trate hasta la iniciación del correspondiente procedimiento, bien por la paralización de éste durante el período de tiempo legalmente establecido (que varía en función de las penas con que el Código Penal castiga los correspondientes delitos y faltas), y tiene su fundamento en el efecto destructor del tiempo, en cuanto priva de eficacia a la pena y destruye o hace imposibles las pruebas. De ahí la concepción mixta (sustantivo-procesal) defendida por parte de la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de esta institución a la que, en la actualidad y según reiterada y pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo, se reconoce naturaleza sustantiva y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa, en cuanto se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (SSTS de 27 de junio de 1986, 14 de diciembre de 1988, 31 de octubre de 1990 y 22 de septiembre de 1995, entre otras muchas)”. No sólo la Jurisprudencia *menor* en relación a la usurpación pacífica concibe así la prescripción: “La prescripción del delito, entendida como causa de extinción de la responsabilidad criminal, tradicionalmente viene siendo tratada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (en una posición secundada por la doctrina del Tribunal Constitucional) como un instituto de naturaleza material, y no meramente procesal, en la medida en que comporta una autolimitación o renuncia del Estado al ejercicio del “ius puniendi”, como consecuencia de los efectos que el mero transcurso del tiempo provoca en los fundamentos de la pena, concretamente en sus fines de prevención general y especial, así como en la situación del presunto inculpaado y, en particular, en las finalidades de resocialización y rehabilitación constitucionalmente exigibles. En último término, incide también en el adecuado ejercicio del derecho de defensa y en los principios de seguridad jurídica, orden público e interés general... Se expresan

4.1.- Prescripción del delito

La prescripción del delito se produce cuando transcurren los plazos indicados en el artículo 131 del Código Penal en función de la pena que el delito tenga *asignada en abstracto* (no según la que correspondería aplicar en el caso concreto atendiendo al grado de ejecución, participación y circunstancias), conforme establece el Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 16 de diciembre de 2008 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo¹¹⁶².

4.1.1.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 tres plazos de prescripción distintos hemos de distinguir en relación a la usurpación impropia¹¹⁶³:

abiertamente sobre su naturaleza material las SSTS núm. 1559/2003, de 19 de noviembre; 793/2011, de 8 de julio; 1294/2011, de 21 de noviembre, o la STS de 09/05/1997; también se muestran favorables a su naturaleza material las SSTC núm. 195/2009, de 28 de septiembre, y 157/1990, de 18 de octubre, entre otras muchas. No faltan, no obstante, resoluciones que atribuyen naturaleza procesal a la prescripción (STS núm. 143/2011, de 2 de marzo) o, incluso, naturaleza mixta, si bien representan contadas excepciones. En cualquier caso, la STC núm. 12/1991, de 28 de enero, señalaba que, aun estando mayoritariamente admitida en la actualidad su naturaleza material, la decisión alternativa favorable al sentido procesal no altera el sistema de fuentes del Derecho, como tampoco supone desconocer la ordenación constitucional y legal sobre el control de las leyes, apuntándose también en esta misma sentencia que las cuestiones que surgen en torno a la prescripción afectan a la legalidad ordinaria (sin tener, por tanto, transcendencia constitucional) y deben ser resueltas "por los propios órganos de la jurisdicción penal en cada caso concreto, ponderando también las circunstancias del caso para estimar si ha existido una auténtica y real paralización del procedimiento". ALONSO GONZÁLEZ, A.B.: << Nueva regulación de la prescripción en el ámbito penal >> en *Conclusiones del Seminario de 6, 7 y 8 de junio de 2012 del Servicio de Formación Continuada del Consejo General del Poder. CGPJ*. Págs., 3-4.

¹¹⁶² Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 16 de diciembre de 2008 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo: "Cuarto asunto: Determinación correcta de la declaración en sentencia de la prescripción del delito. Acuerdo: *Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997*". *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013*. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 38.

¹¹⁶³ Para el supuesto de que la usurpación impropia se halle en concurso o en conexidad con otra infracción dispone el Código Penal de una norma específica de prescripción, introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el apartado 5 del artículo 131. En la actualidad tras la reforma del CP operada por LO 1/2015, en su apartado cuarto. Dispone así el artículo 131: "4.- *En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave*". El Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 26 de octubre de 2010 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo: "Único Asunto: Criterio que debe adoptarse para el cómputo de la prescripción de un delito que contiene en su descripción normativa un tipo básico y otro subtipo agravado. Acuerdo: *"Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo*

A) *Plazo de prescripción de tres años*

Desde el 24/05/1996, fecha de entrada en vigor del Código Penal, hasta el 23/12/2010, fecha de entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el plazo de prescripción era de tres años de conformidad con el artículo 131.1 párrafo 5º, en relación con los artículos 13.2, 33.3 g) y 245.2 del texto punitivo¹¹⁶⁴.

correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado”. Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 44. “La solución se presenta razonable cuando la causa de conexión es sustantiva, esto es cuando se basa en razones concursales mediales o ideales en las que quepa identificar detrás de la complejidad delictiva una cierta unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material (vid. por todas, STS 11.9.2007). En estos casos, medir el plazo de prescripción atendiendo a la infracción más grave permite que la respuesta del tribunal aborde la totalidad de la realidad delictiva, objeto de acusación, individualizando de forma coherente los planos de antijuridicidad, culpabilidad y gravedad de los hechos justiciables, observado desde su complejidad. Pero la regla presenta dificultades tanto de tipo axiológico como normativo cuando el criterio de conexión es meramente procesal, como, por ejemplo, en supuestos de concurso real en atención a que estos son ejecutados por la misma persona (supuesto del artículo 17.5º LECrim). En estos casos, en los que no cabe identificar relaciones internas de tipo normativo o de producción contingente entre las diversas acciones, ni tan siquiera, posibilidades de tratamiento continuado en los términos del artículo 74 CP, no se da razón alguna que justifique el tratamiento unitario de los diferentes plazos prescriptivos de los tipos en dicha relación concursal”. HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: << Cuestiones sobre la prescripción de los delitos y las penas -al hilo de la reforma operada por la LO 5/2010- >> en *Cuadernos Digitales de Formación*. Nº 31. Problemas prácticos derivados de la reforma del Código Penal. Año 2011. CGPJ. Pág., 20.

¹¹⁶⁴ Dispone el artículo 131: “1.- Los delitos prescriben... A los tres [años], los delitos menos graves”. Para la determinación de cuáles son delitos menos graves dispone el artículo 13: “2.- Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave”. El artículo 245.2 se sanciona con pena de 3 a seis meses: “El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. Y el artículo 33 clasifica las penas por su gravedad: “3.- Son penas menos graves... g) La multa de más de dos meses”. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor a partir del 01/10/2004, no alteró los plazos de prescripción, sí modificó la numeración del artículo 33: “3.- Son penas menos graves... i) La multa de más de dos meses”.

B) Plazo de prescripción de cinco años

Desde el 23/12/2010, fecha de entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, hasta el 01/07/2015, fecha de entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el plazo de prescripción era de cinco años de conformidad con el artículo 131.1 párrafo 4º, en relación con los artículos 13.2, 33.3 i) y 245.2 del texto punitivo¹¹⁶⁵.

C) Plazo de prescripción de un año

Desde el 01/07/2015, fecha de entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, hasta la actualidad, el plazo de prescripción es de un año de conformidad con el artículo 131.1 párrafo 4º, en relación con los artículos 13.3 y 4, 33.4 g) y 245.2 del texto punitivo¹¹⁶⁶.

4.1.2.- CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Los plazos de prescripción, según establece el artículo 132.1 del Código Penal *“se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible”*. Frente a

¹¹⁶⁵ Dispone el artículo 131: *“1.- Los delitos prescriben... A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año”*. Para la determinación de cuáles son delitos menos graves dispone el artículo 13: *“2.- Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave”*. El artículo 245.2 se sanciona con pena de 3 a seis meses: *“El que ocupe, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*. Y el artículo 33 clasifica las penas por su gravedad: *“3.- Son penas menos graves... i) La multa de más de dos meses”*.

¹¹⁶⁶ Dispone el artículo 131: *“1.- Los delitos prescriben... A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año”*. Para la determinación de cuáles son delitos leves dispone el artículo 13: *“3.- Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. 4.- Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”*. El artículo 245.2 se sanciona con pena de 3 a seis meses: *“El que ocupe, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*. Y el artículo 33 clasifica las penas por su gravedad: *“4.- Son penas leves... g) La multa de hasta tres meses”*.

esta regla general, en el mismo artículo se establecen reglas especiales de cómputo de los plazos para los delitos con desarrollo prolongado en el tiempo (delito continuado, permanente y habitual)¹¹⁶⁷.

En los delitos permanentes, por sus características, cabe participación o coautoría después de la consumación mientras se mantenga la situación antijurídica, y hasta que cesa la situación antijurídica no comienza a contar el plazo de la prescripción del delito, ya que de lo contrario podría darse el absurdo de que éste prescribiera sin haber cesado los autores en su actuación antijurídica. La ocupación pacífica de bienes inmuebles es considerada como un delito permanente (GONZÁLEZ RUS, QUERALT JIMÉNEZ, MANZANARES SAMANIEGO...), por lo que los términos de prescripción han de computarse “*desde que se eliminó la situación ilícita*”, no comenzando por tanto a computarse el plazo de prescripción sino desde que los autores cesen en la ocupación o mantenimiento ilícitos; es decir, hasta que se produzca el desalojo (voluntario o no)¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁷ “La determinación del *dies a quo*, a los efectos de la prescripción, obliga a fundamentar cuál es el momento en que se reputa realizada la acción. En el ámbito penal, la regla general *tempus regit actum* se convierte en un semillero de problemas que... no resuelve la genérica declaración del artículo 7º CP”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: << Recensión a JOSÉ MARÍA SUÁREZ COLLÁ (Profesor de Filosofía del Derecho. Universidad Complutense de Madrid y Director del Departamento de Filosofía del Derecho de la UCM), *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*. Ed. Ramón Areces, 2ª edición. Madrid, 2005 >> en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Nueva Época. Nº 3. Año 2006. Ed. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Pág., 509. Dispone el artículo 7 CP: “A los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar”.

¹¹⁶⁸ “Es un delito permanente”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476. “Estamos ante un delito de mera actividad, aunque permanente”. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* *Op. cit.*, Pág., 447. “En estos supuestos, se está, repárese en ello, ante un delito permanente, de modo que permitir el mantenimiento de una situación mediante la cual alguien permanezca en un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituyesen morada contra la voluntad de su titular, supondría tolerar una conducta a través de la cual se estaría cumpliendo la vertiente típica del delito de usurpación previsto y penado en el art. 245.2 CP, algo que, más allá de la protección a dispensar al perjudicado, debe ser lógicamente impedido por los jueces y tribunales”. MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley...* *Op. cit.*, Pág., 11. “Se trata de un delito de carácter permanente, porque la afección al bien jurídico patrimonio ajeno se prolonga en el tiempo desde el acto inicial de la ocupación, hasta que se produzca el desalojo”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Pág., 348. “La opinión común entiende que las dos modalidades de usurpación pacífica son delitos permanentes”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913. “Estamos ante un delito permanente que extiende sus efectos más allá de la consumación, continuando la situación antijurídica en tanto en cuanto no cese la ocupación o el mantenimiento”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Pág., 26. “La condición de delito permanente del tipo penal da lugar a que, como señala González Rus, los efectos jurídicos creados se

Así lo ha reconocido la Jurisprudencia *menor*¹¹⁶⁹.

4.1.3.- INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Hasta la reforma operada por la LO 5/2010, el Código Penal establecía que “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. La interpretación de cuándo se produce este momento interruptivo dio lugar a una polémica entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, referida tanto a la determinación de qué debía entenderse por *dirección del procedimiento contra el culpable*, como sobre la relevancia constitucional o no del instituto de la prescripción¹¹⁷⁰.

mantienen... hasta que se produzca el desalojo”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 395; “No ha de olvidarse, por lo demás, que las acciones típicas (ocupar, mantenerse) hacen posible hablar, con relación a estas figuras delictivas, de delitos permanentes o de tracto sucesivo”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Págs., 164; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 171.

¹¹⁶⁹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 13-7-2005, nº 847/2005, rec. 51/2005, Pte: Mir Puig, Carlos (EDJ 2005/309175): “Es claro que dicho delito no ha prescrito, pues el delito es permanente y como establece el art. 132.1 CP el término legal de prescripción se contará “desde que se eliminó la situación ilícita””. Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 16-7-2014, nº 449/2014, rec. 337/2013, Pte: Barrales León, María de las Maravillas (EDJ 2014/222644): “El artículo 245.2 del CP castiga al que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular. Por tanto, se comete el delito tanto cuando se ocupa el inmueble como cuando se permanece en el mismo. Mal puede afirmarse, como hace la Juez *a quo*, que el *dies a quo* para la prescripción es la fecha de presentación de la primera denuncia (con independencia de que lo correcto procesalmente hubiera sido la remisión de la presente denuncia al Juzgado de Instrucción núm. 1 para su acumulación a las Diligencias Previas 11438/06) puesto que *el delito se estaba cometiendo hasta el momento en que se produjo el desalojo de los ocupantes del edificio*. Y ese desalojo fue posterior a la fecha de presentación de la denuncia puesto que se produjo el día 19 de enero de 2010 y la denuncia se presentó el día 14 de diciembre de 2007, incoándose Diligencias Previas con fecha 31 de diciembre de 2007. Por tanto, en ningún caso, el delito que se imputaba a los ocupantes del inmueble estaba prescrito, tal y como sostiene la acusación particular con la adhesión del Ministerio Fiscal”.

¹¹⁷⁰ “El art. 132.2 del código penal español establece “La prescripción se interrumpirá quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena”. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma pacífica... ha considerado que “el procedimiento se dirige contra el culpable” cuando se presenta la denuncia o querella ante el órgano judicial, produciéndose desde entonces el efecto interruptivo de la prescripción. Así, y por todas, la sentencia 600/2007 de 11 de septiembre, dice: “Conforme a la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala, “la querella o la denuncia forman ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción” (v., SSTs núm. 71/2004, de 2 de febrero, y núm. 843/2006, de 24 de julio; así como Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS 25 de abril de 2006 tras la STC núm. 63/2005). No obstante, la calma reinante al respecto se ha visto alterada de forma significativa por la nueva interpretación del precepto dada por el Tribunal Constitucional, entrando a valorar una institución que hasta entonces se consideraba de transcendencia meramente ordinaria y no constitucional. En la sentencia 63/2005 de 14 de marzo establece, además de considerar que la interpretación de la prescripción

Así, la Exposición de Motivos de la referida Ley Orgánica disponía: “en el ámbito de la prescripción del delito, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos”.

Con anterioridad a la STC núm. 63/2005, de 14 de marzo, el Tribunal Constitucional había venido manteniendo, de forma pacífica y reiterada, que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción, como causa extintiva de la responsabilidad penal, constituye una cuestión de mera legalidad cuya decisión compete a los Tribunales ordinarios, careciendo de relevancia constitucional. Desde la mentada sentencia, seguida por las SSTC núm. 29/2008, de 20 de febrero, y 147/2009, de 15 de junio, viene estimando, en cambio, que tales cuestiones gozan de relevancia constitucional, al poder verse afectados a través de ella derechos

afecta a la tutela judicial efectiva y, por tanto, es una institución con relevancia constitucional, lo siguiente (FJ 6): "Pues si bien es cierto que los denunciantes o querellantes tienen un tiempo limitado para el ejercicio de su derecho a entablar la acción penal, y que ese plazo coincide con el establecido para el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, ello no debe hacer olvidar que los que están obligados a poner en marcha el instrumento penal en el indicado plazo son los órganos judiciales, pues sólo ellos son titulares del *ius puniendi* en representación del Estado (por todas, STC 115/2004, de 12 de julio, F. 2). De manera que no puede considerarse razonable una interpretación del indicado precepto que deje la interrupción del plazo de prescripción exclusivamente en manos de aquéllos, sin requerir para ello actuación alguna de interposición judicial, con la perturbadora consecuencia, entre otras muchas posibles, de que, lejos de verse el Juez compelido al ejercicio del *ius puniendi* dentro del plazo legalmente establecido, goce de una ampliación extralegal de dicho plazo por virtud de la actuación de los denunciantes o querellantes al tener como efecto la interrupción del mismo que comience a correr de nuevo en su totalidad". En consecuencia, la Sentencia anuló la dictada por la Audiencia Provincial de Orense que asumía la línea interpretativa marcada por el Tribunal Supremo, estableciendo la necesidad de un acto judicial de iniciación del procedimiento para considerar interrumpida la prescripción, negando tal valor a la presentación de la denuncia o querella. En fecha tan reciente como la de 15 de junio de 2009 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su Sentencia, n.º 147 ha venido a consolidar la doctrina establecida en sus dos sentencias anteriores, así establece: "...con respecto a la oposición existente entre el criterio de este Tribunal Constitucional y una de las líneas interpretativas de la prescripción de las infracciones penales que ha seguido el Tribunal Supremo, oposición que en todo caso, queda resuelta en aplicación de la previsión del art. 5.1 de la ley Orgánica del Poder Judicial, lo cierto es que para resolver la cuestión planteada basta con acudir a la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 63/2005 de 14 de marzo y 29/2008 de 20 de febrero, relativas al cómputo de la prescripción penal y, más concretamente, a la eficacia interruptiva de las denuncias o querellas, para apreciar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo (art. 24.1 CE)...". La denuncia o querella de un tercero "es una solicitud de iniciación" del procedimiento "no un procedimiento ya iniciado", razón por la cual, no tiene por sí sola eficacia interruptiva del cómputo del plazo de prescripción, para lo cual es necesario un "acto de interposición judicial" o de "dirección procesal del procedimiento contra el culpable". Continúa el Tribunal en su fundamento jurídico 2º que "el primer acto de interposición judicial (de iniciación del procedimiento) con virtualidad interruptiva habría sido el Auto de incoación de diligencias previas...". MALDONADO CLAVERO, F.: << La prescripción de los delitos en España y en el Derecho comparado >> en *Estudios de Derecho Judicial*. Nº 155. Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos. Año 2009. Ed. CGPJ. Págs., 20-21.

fundamentales como la tutela judicial efectiva y la libertad, avanzándose ya en dichas sentencias que *“para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querella, sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial”*¹¹⁷¹.

¹¹⁷¹ Vid., Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 14-3-2005, nº 63/2005, BOE 93/2005, de 19 de abril de 2005, rec. 6819/2002, Pte: Gay Montalvo, Eugeni (EDJ 2005/29886). Remitiéndose a ésta sentencia, dispone el Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 20-2-2008, nº 29/2008, BOE 64/2008, de 14 de marzo de 2008, rec. 1907/2003; 1911/2003, Pte: Sala Sánchez, Pascual (EDJ 2008/4990): “El caso resuelto por la STC 63/2005 constituye un claro ejemplo de necesidad de otorgamiento del amparo no sólo por la imposibilidad de apreciar un nexo de coherencia entre la decisión judicial de considerar interrumpido el plazo prescriptivo por la mera presentación de una querella, la norma que le sirve de fundamento y los fines de la institución estando implicada la libertad, sino también aunque se hubiera podido partir de que el problema era de mera legalidad ordinaria y de que en tal concepto estaba sustraído a la jurisdicción de este Tribunal, habida cuenta de que, como se sostiene en los dos votos concurrentes (no discrepantes) que acompañaron a dicha Sentencia, la estimación del amparo estaría justificada por el considerable lapso de tiempo que transcurrió entre el registro de la querella y el acto de interposición judicial. La incertidumbre, precisamente, que supone fijar cuál deba ser el máximo de dilación permisible contribuye a introducir la máxima inseguridad en este punto. Resulta significativo al respecto que la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencias 331/2006 y 1026/2006, respectivamente de 24 de marzo y 28 de octubre de 2006, haya declarado que una de las razones para no aplicar al caso enjuiciado la doctrina de la STC 63/2005 (que por lo demás no hacía falta, porque en los casos por ellas examinados se habían practicado diligencias judiciales de investigación o de iniciación que suponían la existencia de un verdadero procedimiento jurisdiccional y, por tanto, de actos de interposición judicial) era la de que la Sentencia constitucional acabada de mencionar contemplaba “un caso excepcional de presentación de querella que permanece dormida en el Juzgado durante dos años sin adoptar proveído alguno”. Claramente, por tanto, admite la posibilidad de que la fecha de registro de la querella, denuncia o escrito transmisor de la *notitia criminis* no pueda ser tenida en cuenta precisamente por la desmesura de la conclusión. La inseguridad, pues, de la determinación del *dies a quo* del plazo prescriptivo en tales casos resulta patente”. Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 15-6-2009, nº 147/2009, BOE 172/2009, de 17 de julio de 2009, rec. 3768/2007, Pte: Pérez Vera, Elisa (EDJ 2009/150173): “Para resolver la cuestión planteada basta con acudir a doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 63/2005, de 14 de marzo, y 29/2008, de 20 de febrero, relativas al cómputo de la prescripción penal y, más concretamente, a la eficacia interruptiva de las denuncias o querellas, para apreciar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo (art. 24.1 CE). En efecto, el art. 132.2 del Código penal (CP) dispone que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable” y es doctrina de este Tribunal que la querella o denuncia de un tercero “es una -solicitud de iniciación- del procedimiento” (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8; y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), “no un procedimiento ya iniciado” (precisa la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), razón por la cual, no tiene por sí sola eficacia interruptiva del cómputo del plazo de prescripción, para lo cual es necesario un “acto de interposición judicial” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.c) o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5)... La interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad criminal por el citado ejercicio con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal, es lesiva del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto que dicha interpretación abrió paso a la condena por un delito contra la hacienda pública por el citado ejercicio, afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad del actor ex art. 17 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10 EDJ 2008/4990)... El valor al que sirve el instituto de la prescripción penal “es la seguridad jurídica, evitando una pendencia sine die de la amenaza penal sobre aquéllos a quienes pueda considerarse implicados en un delito” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11; y en el mismo sentido, STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 8), a los efectos de garantizar “su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal” (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11; y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2), razón por la cual “no se vincula sólo al paso del tiempo, sino que... se relaciona con la actividad judicial a través de la cual se ejerce el ius puniendi del Estado” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11), siendo el momento interruptivo de la prescripción, no el de la *notitia criminis* por parte del órgano judicial como consecuencia de “la

El Tribunal Supremo se opuso a esta interpretación y consideró que la sentencia constitucional suponía una invasión de su competencia como máximo intérprete de la legalidad, y en varios acuerdos de Pleno no Jurisdiccional mantuvo su posición tradicional, generando una situación de inseguridad jurídica con dos interpretaciones contrapuestas de los dos altos Tribunales que se trasladó a los Tribunales inferiores¹¹⁷².

mera presentación y registro de una querella o denuncia", sino el de la existencia "de un acto de interposición judicial", eso sí, "por quien tenga atribuido el ius puniendi del Estado, porque -el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal-" (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.c)".

¹¹⁷² Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 12 de mayo de 2005 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo: "Único Asunto: Consecuencias de la STC 63/05 para la aplicación de las disposiciones del CP referentes a la prescripción. Acuerdo: *La sala penal del tribunal supremo ha examinado la sentencia del tribunal constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la constitución española que establece que el tribunal supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales*". *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013*. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 25. "Aplicado, entre otras, en SSTs núm. 671/2006, de 21 de junio; 843/2006, de 24 de julio; 706/2007, de 6 de junio; y 845/2007, de 31 de octubre". ALONSO GONZÁLEZ, A.B.: << Nueva regulación de la prescripción en el ámbito penal >>... *Op. cit.*, Pág., 2. Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 25 de abril de 2006 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo: "Primer Asunto: Prescripción: Interrupción del plazo. Acuerdo: *"El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts.117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art.123.1 CE"*. Segundo Asunto dentro del mismo asunto: Qué debe entenderse por procedimiento que se dirija contra el culpable. Acuerdo: *"Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005"*". *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013*. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 29. El primer acuerdo de 25/04/2005: "Aplicado, entre otras, en SSTs núm. 645/2006, de 20 de junio; 843/2006, de 24 de julio; 1329/2009, de 4 de diciembre; y 143/2011, de 2 de marzo". ALONSO GONZÁLEZ, A.B.: << Nueva regulación de la prescripción en el ámbito penal >>... *Op. cit.*, Pág., 2. Y el primer acuerdo de 25/04/2005: "Aplicado, entre otras, en SSTs núm. 671/2006, de 21 de junio; 843/2006, de 24 de julio; 706/2007, de 6 de junio; 845/2007, de 31 de octubre; y 1329/2009, de 4 de diciembre". ALONSO GONZÁLEZ, A.B.: << Nueva regulación de la prescripción en el ámbito penal >>... *Op. cit.*, Pág., 2. Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 26 de febrero de 2008 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo: "Segundo asunto: Sentencia del Tribunal Constitucional sobre "los Albertos", conocimiento y decisiones, en su caso. Acuerdo: *"La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido conocimiento de la reciente sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el pasado 20/02/08, que declara la nulidad de la nuestra de 14/03/03 y, tras su análisis, ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12/05/05 y 25/04/06, por cuanto el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE. Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial, tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo"*". *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013*. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 35. Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 26 de febrero de 2009 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo: "Segundo asunto: Recurso de revisión. Alcance

La reforma del artículo 132 del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010 dio una solución expresa a este problema. Plasmó una interpretación auténtica que sigue parcialmente la interpretación de cada uno de los altos tribunales, distinguiendo por primera vez entre la *interrupción en sentido estricto* (art. 132.2), en la que se sigue el criterio del Tribunal Constitucional, y la *suspensión temporal* (art. 132.2.2ª), en la que se adopta una solución próxima a la del Tribunal Supremo. Así el régimen actual de interrupción es el siguiente:

Si hay una resolución judicial motivada en la que el procedimiento se dirige contra una persona determinada, la prescripción del delito se interrumpe quedando sin efecto el tiempo transcurrido hasta entonces.

Si se interpone una querrela o se presenta una denuncia, el plazo de prescripción se suspende provisionalmente durante 6 meses, y luego: Si en ese plazo se dicta resolución judicial dirigiendo el procedimiento contra el presunto responsable en los términos antes descritos, el plazo se interrumpe definitivamente pero retrotrayéndose el momento de interrupción al de presentación de la querrela o denuncia. Si, por el contrario, no hay resolución judicial o ésta es de inadmisión a trámite de la denuncia o querrela, el plazo de prescripción no se interrumpe, sino que continúa desde el propio momento de interposición de la denuncia o querrela¹¹⁷³.

que debe darse a la doctrina constitucional posterior a la sentencia a revisar, en cuanto al acceso a la tutela judicial efectiva concernida por la pretensión de revisión. Acuerdo: "*La Sentencia del Tribunal Constitucional proclamando cómo se integra el contenido de una norma legal, acerca del momento interruptivo de la prescripción, que resulta diversa como venía siendo entendido, no constituye un hecho nuevo de aquellos a los que se refiere el art. 954 de la LECrim., como requisito del recurso de revisión*". *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013*. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 39.

¹¹⁷³ Cfr., MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 20.- Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos. Sección 1.- Causas que extinguen la responsabilidad penal >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 585-587; MALDONADO CLAVERO, F.: << La prescripción de los delitos en España y en el Derecho comparado >>... *Op. cit.*, Págs., 1-54; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: << Cuestiones sobre la prescripción de los delitos y las penas -al hilo de la reforma operada por la LO 5/2010- >> en *Cuadernos Digitales de Formación*... *Op. cit.*, Pág., 1-36; ALHAMBRA PÉREZ, Mª.C.P.: << La reforma de la prescripción en la Ley Orgánica 5/2010 >> en *Cuadernos Digitales de Formación*. Nº 19. Plan de Formación Comunidad de Madrid 2011. Año 2011. CGPJ. Pág., 1-39; SÁNCHEZ MELGAR, J.A.: << La prescripción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El nuevo marco de la prescripción delictiva >> en *Cuadernos Digitales de Formación*. Nº 32. Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal: jurisprudencia penal (2011). Año 2011. CGPJ. Pág., 1-22; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010.

Para la Jurisprudencia *menor*, y en relación a la ocupación pacífica (como para el resto de delitos) sólo tiene virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza superando la inactivación y la parálisis. Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción (STS de 8 de febrero de 1995)¹¹⁷⁴. El cómputo de la prescripción no se interrumpe por la

Págs., 405-406; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 773-787. Dispone el artículo 132 del Código Penal: “1.- Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta. En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento. 2.- La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes: 1ª.- Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito. 2ª.- No obstante lo anterior, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1ª, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo. 3.- A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho”.

¹¹⁷⁴ Tribunal Supremo Sala 2ª, S 8-2-1995, nº 137/1995, rec. 938/1994, Pte: Soto Nieto, Francisco (EDJ 1995/214): “Durante algún tiempo, y dado que la figura de la prescripción irrumpió en época en que el desarrollo del Derecho Penal era incipiente, sin haber alcanzado propia individualidad y categoría científica, la prescripción del delito se enfocó con parámetros jurídico-civiles, representando la consecuencia más palmaria de ello el acarreamiento de la noción de aquélla y del sistema y modo de operar del instituto, al campo procesal, rechazándose su reconocimiento y eficacia en los supuestos de falta de alegación temporánea o de inatendimiento de exigencias procesales oportunas. Respondiendo a ello algunas sentencias, tales como las de 27 de enero de 1.959 y 26 de abril de 1.961, proclives a la consideración de que, sujeta la prescripción a unos trámites formales, incluidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de ser alegada en su momento y, no siéndolo, no resulta posible que el Juzgador se pronuncie sobre tal causa de extinción de la responsabilidad. Hoy se reacciona frente a dicha concepción, desasimilando la prescripción penal del delito (cuestión de derecho material) de la

realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento (STS de 10 de julio de 1993)¹¹⁷⁵, de tal manera que aquellas decisiones judiciales que no constituyan

prescripción de la acción civil, lo que conlleva implicaciones procesales de suma relevancia. Muy certeramente se suele destacar que la prescripción en materia civil adquiere su efectividad por vía de excepción, apostando, en la filosofía de su instauración, por la idea de sanción al negligente, presunción de incuria o abandono, radicando en ello el viejo apotegma "contra non valentem agere, non currit praescriptio"; en tanto que la prescripción en materia penal viene a ser un modo de dar por extinguido el delito ante poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el palidecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio, y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación. La institución de la prescripción, en general (se dice en la sentencia del T.C. 157/1990 de 18 de octubre de 1.990), encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el artículo 9.3 de la C.E., puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho Penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 de la C.E.) y en los principios de orientación a la reeducación y reinserción social que el artículo 25.2 de la C.E. asigna a las penas privativas de libertad... La prescripción penal responde, pues, a principios de orden público primario; es (cual constata la Sentencia de 1 de febrero de 1.968) de orden público, interés general y político penal, respondiendo (añade la sentencia de 31 de mayo de 1.976) a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos que según la trascendencia de la infracción delictiva establece el ordenamiento jurídico-penal. De ahí que, encontrándose en apoyo de la prescripción razones de todo tipo, subjetivas, objetivas, éticas y prácticas, se precise que se trata de una institución que pertenece al derecho material penal y concretamente a la noción del delito y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (Cfr. sentencias de 11 de junio de 1.976, 28 de junio de 1.988, 18 de junio de 1.992 y 20 de septiembre de 1.993)... La doctrina jurisprudencial más actual viene sosteniendo que sólo tienen virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrecen un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha y prosecución del procedimiento, en definitiva reveladoras de que la investigación avanza y se amplía, que el proceso persevera consumando sus sucesivas etapas, superando la inactivación y parálisis que le aquejaba. Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material, puede entenderse interrumpida la prescripción. Así se pone de relieve en diversas sentencias de este Tribunal. Por ejemplo, y mediando rebeldía del inculpado, la misma puede generar y perfeccionar un estado de prescripción de la infracción criminal, sin que sea óbice para ello el que se hayan cursado, con precedencia a la declaración de rebeldía, las oportunas órdenes de busca y captura y localización de aquél, acordándose la expedición de las correspondientes requisitorias cuya permanencia se prolonga por tiempo indefinido; y ello en tanto tales instrucciones o llamadas no se traduzcan en diligencias concretas, documentadas, con verdadero sentido en su originación y justificación en su desarrollo, no bastando con la existencia de la orden o mandato o publicación de las requisitorias, para el establecimiento de una presunción de práctica de actuaciones con virtud interruptora del tiempo de la prescripción (Cfr. sentencias de 27 de junio de 1.986, 5 de enero de 1.988 y 10 de marzo de 1.993). Para la sentencia de 30 de noviembre de 1.974, el cómputo de la prescripción no se interrumpe por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento tales como la expedición de un testimonio o certificación, la personación simple de la acusación particular o la tramitación de una solicitud de pobreza. La sentencia de 10 de julio de 1.993 advierte que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción".

¹¹⁷⁵ Tribunal Supremo Sala 2ª, S 10-7-1993, nº 1730/1993, rec. 547/1992, Pte: Montero Fernández-Cid, Ramón (EDJ 1993/6936): "Y así la doctrina más reciente estima que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción. Así, por citar sólo alguna resolución reciente, no produce tal efecto el Auto transformando en sumario las diligencias previas (Sentencia de 18 de junio de 1992) o en general las que no constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra el culpable, como la resolución que simplemente acuerda reponer actuaciones al estado anterior (Sentencia de 31 de octubre de 1992)".

efectiva prosecución del procedimiento contra los culpables, no producen efecto interruptor alguno¹¹⁷⁶.

4.2.- Prescripción de la pena

La prescripción de la pena supone el transcurso de un plazo determinado desde la sentencia firme, o tras una interrupción de su cumplimiento, sin que se cumpla.

El régimen prescriptivo de las penas se limita, por un lado, a establecer los plazos prescriptivos relevantes (art. 133 CP), utilizando un criterio mixto que atiende en algunos supuestos al *quantum* de pena impuesto y en otros, a la naturaleza de las penas impuestas. Previsión que se ha visto complementada mediante la reforma operada por la LO 5/2010, que establece la imprescriptibilidad de las penas impuestas por delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo las que se fijan por el delito previsto en el artículo 614 CP, así como por delitos de terrorismo, si estos hubieran causado la muerte de una persona. Y, por otro, a fijar dos supuestos de determinación del *dies a quo* del periodo prescriptivo: uno, desde que la sentencia que imponga las penas devengue firme y, otro, desde que se quebrantara la pena impuesta (art. 134 CP). Ambas reglas sugieren que sólo el cumplimiento de las penas tiene efectos interruptivos¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁶ Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, A 25-2-2005, nº 16/2005, rec. 5/2005, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2005/237931). Como diligencias y actos que interrumpen la prescripción, *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 17-6-2013, nº 313/2013, rec. 248/2012, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2013/146919): “La diligencia de ordenación que ordena seguir su curso el procedimiento, remitiendo las actuaciones y, en su caso, las piezas separadas y objetos intervenidos al órgano de enjuiciamiento, es una resolución de impulso procesal con aptitud para interrumpir el plazo de prescripción. El impulso y la ordenación procesales son actos válidos, eficaces y útiles desde el punto de vista procedimental. Su naturaleza no los convierte en las llamadas “diligencias de relleno”, carentes de otra finalidad reconocible que la de romper artificialmente el plazo de prescripción en curso, o en actuaciones inocuas o intrascendentes para el proceso, como la expedición de certificados o copias de las actuaciones. Por el contrario, es un trámite preciso para dar curso al procedimiento y remitir las actuaciones al órgano declarado competente para el enjuiciamiento de la causa”.

¹¹⁷⁷ Dispone el artículo 133 del Código Penal: “1.- Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: A los 30 años, las de prisión por más de 20 años. A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20. A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15. A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10. A los 10, las restantes penas graves. A los cinco, las penas menos graves. Al año, las penas leves. 2.- Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieran causado la muerte de una persona”. Y el artículo 134 establece: “1.- El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme,

Lo anterior ha sido recordado por el Tribunal Constitucional en su STC 97/2010, por la que se concede el amparo en un supuesto en el que la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto había declarado efectos interruptivos de la prescripción de la pena impuesta a la resolución jurisdiccional por la que se ordenaba la suspensión de su ejecución por petición de indulto, *ex* artículo 4 CP, y a la decisión del Tribunal Constitucional por la que, *ex* artículo 56 LOTC, ordenaba también la suspensión de la ejecución de la pena por la interposición de un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional considera que desde el estándar de interpretación axiológico aplicable a la interpretación de las reglas prescriptivas *ninguna de las dos resoluciones podía tener efectos interruptivos y ello porque las causas en las que se basaban no se contemplaban expresamente en la norma*¹¹⁷⁸.

o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse. 2.- El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso: a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena. b) Durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75”.

¹¹⁷⁸ HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: << Cuestiones sobre la prescripción de los delitos y las penas -al hilo de la reforma operada por la LO 5/2010- >> en *Cuadernos Digitales de Formación... Op. cit.*, Pág., 33; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 20.- Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos. Sección 1.- Causas que extinguen la responsabilidad penal >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 587-589; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 406-407; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Págs., 773-787. *Vid.*, Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 15-11-2010, nº 97/2010, BOE 306/2010, de 17 de diciembre de 2010, rec. 1052/2010, Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente (EDJ 2010/258344). Dispone el artículo 4.4 del Código Penal: “Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”. Y el artículo 56 de la LOTC: “1.- La interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados. 2.- Ello no obstante, cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona. 3.- Asimismo, la Sala o la Sección podrá adoptar cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento, que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad. 4.- La suspensión u otra medida cautelar podrá pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado la sentencia o decidirse el amparo de otro modo. El incidente de suspensión se sustanciará con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, por un plazo común que no excederá de tres días y con el informe de las autoridades responsables de la ejecución, si la Sala o la Sección lo creyera necesario. La Sala o la Sección podrá condicionar la denegación de la suspensión en el caso de que pudiera seguirse perturbación grave de los derechos de un tercero, a la constitución de caución suficiente para responder de los daños o perjuicios que pudieran originarse. 5.- La Sala o la Sección podrá condicionar la suspensión de la ejecución y la adopción de las medidas cautelares a la satisfacción por el interesado de la oportuna fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieren originarse. Su fijación y determinación podrá delegarse en el órgano jurisdiccional de instancia. 6.- En supuestos de urgencia excepcional, la adopción

En consonancia con esta interpretación constitucional la LO 1/2015 de reforma del Código Penal ha introducido la expresa referencia a que *“el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso: a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena”* (art. 134.2 CP)¹¹⁷⁹.

4.2.1.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

A diferencia de lo que propugna en la prescripción del delito, el Tribunal Supremo entiende que la pena de referencia para fijar el plazo de prescripción es la *concreta impuesta en la sentencia firme* y no la abstracta prevista para el delito en el Código penal, solución que parece perfectamente justificada en este caso¹¹⁸⁰.

de la suspensión y de las medidas cautelares y provisionales podrá efectuarse en la resolución de la admisión a trámite. Dicha adopción podrá ser impugnada en el plazo de cinco días desde su notificación, por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas. La Sala o la Sección resolverá el incidente mediante auto no susceptible de recurso alguno”.

¹¹⁷⁹ En esta línea la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid celebrada el pasado 16 de Junio de 2011 abordó esta cuestión: “Penas. Interrupción de la prescripción por solicitud de indulto o recurso de amparo ante Tribunal Constitucional. (3) Dejar sin efecto el Acuerdo de Unificación de Criterios de fecha 26 de Mayo de 2006, en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010 de fecha 15 de Noviembre de 2010, publicada en el BOE de 17 de Diciembre de 2010. El referido acuerdo es el siguiente: *Penas. Interrupción de la prescripción por solicitud de indulto o recurso de amparo ante Tribunal Constitucional. (2) Art. 133.1 y 134 del Código Penal: posibilidad de interrupción de la prescripción de la pena durante la fase de ejecución: “Durante la suspensión de la pena por solicitud de indulto, o durante la acordada por el Tribunal Constitucional tras admitir a trámite el recurso de amparo, se interrumpe el plazo de prescripción de la pena”*”. *Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Penal de la Audiencia Provincial de Madrid. Actualización: Octubre, 2011*. Ed. Audiencia Provincial de Madrid. Pág., 40.

¹¹⁸⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 20.- Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos. Sección 1.- Causas que extinguen la responsabilidad penal >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 588. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-5-1999, nº 845/1999, rec. 4292/1998, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 1999/13721); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-5-2001, nº 921/2001, rec. 899/2000, Pte: Moner Muñoz, Eduardo (EDJ 2001/9243): “El texto del art. 133.1º CP es evidentemente confuso. En su primera parte se refiere a la pena según su duración, lo que permite entender que el elemento decisivo para la prescripción de la pena es la duración de la pena concretamente impuesta. Por el contrario la segunda parte se refiere a las penas graves, menos graves y leves, con lo que parece relacionar la prescripción de la pena con el marco penal abstracto del delito. Es evidente que ambos criterios no podrían coexistir, dado que la prescripción de la pena no responde a criterios diferentes en unos supuestos y en otros. En efecto, la prescripción de la ejecución de la pena tiene un fundamento jurídico-material. Se trata de la pérdida de sentido de la ejecución de la pena cuando el hecho ha sido olvidado y cuando el tiempo transcurrido ha transformado también al condenado. Por esta razón no cabe pensar en un fundamento de naturaleza procesal o mixta, como ocurre en el caso de la prescripción de la acción o del delito. En este sentido, *no resulta adecuada al fundamento de la prescripción de la ejecución de la pena condicionarla al tiempo de duración fijado en abstracto, dado que no es la pena en abstracto lo que pierde sentido por el transcurso del tiempo, sino que lo decisivo es la pena realmente impuesta*. Esta interpretación podría tener un primer apoyo en el texto de la ley que habla, en forma general, de la “pena impuesta”, aunque forzoso es reconocer que sobre la base del texto legal no es posible resolver el problema, dado que la redacción tiene, por un lado, un alto

A) *Plazo de prescripción de cinco años*

Desde el 24/05/1996, fecha de entrada en vigor del Código Penal, hasta el 01/07/2015, fecha de entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el plazo de prescripción *habitual* de la pena era de 5 años de conformidad con el artículo 133.1 párrafo 5º, en relación con el artículo 33.3 g) del Código Penal, pues el delito tiene prevista una pena de multa de 3 a 6 meses y 5 años era el plazo de prescripción de las penas de multa de más de 2 meses¹¹⁸¹.

grado de ambigüedad, al tiempo que por otro lado es claro que no existe impedimento constitucional alguno para que el legislador establezca el plazo que resulte más adecuado a su programa político-criminal. Sin embargo, como hemos visto, la ambigüedad del texto puede ser aclarada recurriendo al fundamento de la prescripción de la pena, es decir, a una interpretación teleológica, como la expuesta más arriba”. Siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, En la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid celebrada el 11 de Junio de 2010 se examinó la constatación de la existencia de criterios divergentes en la resolución de recursos interpuestos sobre el régimen de prescripción de las penas rebajadas en virtud de sentencias de conformidad, en el marco de Juicios Rápidos, en el que se encuentran de un lado las Secciones que entienden que habrá de estarse a la pena en abstracto, correspondiente a los delitos de su clase, es decir, los menos graves, que es de cinco años, conforme dispone el art. 133.1 del Código Penal. Y de otro, el de las Secciones para las que lo relevante, a efectos de la prescripción de la pena, habrá de ser la pena concretamente impuesta, de manera que estableciéndose una pena que en el artículo 33 del Código Penal tiene la consideración de leve, habrá de considerarse prescrita al año. Con el fin de unificar tales criterios de conformidad con el art. 264 de la LOPJ, se ha acordado en la referida Junta de Magistrados que: “*El plazo de prescripción de las penas impuestas en sentencia firme, será el que corresponda a la pena efectivamente impuesta. Con independencia de que, por aplicación del art. 71 del Código Penal, se haya sancionado con pena leve una conducta constitutiva de delito*”. *Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Penal de la Audiencia Provincial de Madrid. Actualización: Octubre, 2011*. Ed. Audiencia Provincial de Madrid. Pág., 40.

¹¹⁸¹ Dispone el artículo 133: “1.- Las penas impuestas por sentencia firme prescriben... A los cinco, las penas menos graves”. Y el artículo 33 clasifica las penas por su gravedad: “3.- Son penas menos graves... g) La multa de más de dos meses”. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor a partir del 01/10/2004, no modificó el plazo de prescripción de las penas menos graves, si las de otras penas y por eso se regulaba en el párrafo 6 del apartado 1: “1.- Las penas impuestas por sentencia firme prescriben... A los cinco, las penas menos graves”. Esta Ley tampoco alteró los plazos de prescripción, sí modificó la numeración del artículo 33: “3.- Son penas menos graves... i) La multa de más de dos meses”. Para el supuesto de que la pena efectivamente impuesta en sentencia fuera inferior a tres meses el plazo de prescripción sería de un año por tratarse de una pena leve. Artículo 133: “1.- Las penas impuestas por sentencia firme prescriben... Al año, las penas leves”. Y el artículo 33: “4.- Son penas leves... c) La multa de cinco días a dos meses”. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor a partir del 01/10/2004, modificó la numeración del artículo 33: “4.- Son penas leves... f) La multa de 10 días a dos meses”.

B) Plazo de prescripción de uno o cinco años

El art. 133.1 CP determina los plazos de prescripción de las penas en función de la duración concreta impuesta en sentencia firme. Los apartados 6 y 7 prevén el plazo de cinco años para las penas menos graves y de un año para las penas leves.

Al tratar de la prescripción del delito hicimos referencia a que un delito leve, conforme a los parámetros del art. 13.4, inciso segundo CP, puede ser sancionado con una pena que por su extensión sea considerada como leve y como menos grave.

El hecho de que el delito tenga atribuida naturaleza leve con arreglo a la norma del art. 13.4 CP en nada altera la naturaleza menos grave de la pena concretamente impuesta si la extensión determinada en sentencia se adentra en el tramo o cuantía del art. 33.3 CP, por lo que, en estos supuestos, habremos de entender que el plazo de prescripción es el de cinco años. Por el contrario, si la pena impuesta queda en el tramo leve, su plazo de prescripción será de 1 año¹¹⁸².

Es lo que ocurre en la usurpación impropia que si se condena en sentencia firme con más de tres meses de multa el plazo de prescripción de la pena será de 5 años de conformidad con el artículo 133.1 párrafo 6º, en relación con el artículo 33.3 j) del Código Penal; y si se condena a 3 meses o menos, el plazo de prescripción de la pena será de 1 años de conformidad con el artículo 133.1 párrafo 7º, en relación con el artículo 33.4 g) del Código Penal¹¹⁸³.

¹¹⁸² Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Pág., 46.

¹¹⁸³ Dispone el artículo 133: “1.- Las penas impuestas por sentencia firme prescriben... A los cinco, las penas menos graves”. Y el artículo 33 clasifica las penas por su gravedad: “3.- Son penas menos graves... j) La multa de más de tres meses”. Asimismo, dispone el párrafo 7º del apartado 1 del artículo 133: “1.- Las penas impuestas por sentencia firme prescriben... Al año, las penas leves”. Y el artículo 33 clasifica las penas por su gravedad: “4.- Son penas leves...g) La multa de hasta tres meses”.

CAPÍTULO VIII.- FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

SUMARIO: FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO 1.- *Iter criminis* 1.1.- Fase interna 1.2.- Fase externa 1.2.1.- CONSPIRACIÓN, PROPOSICIÓN Y PROVOCACIÓN: ACTOS PREPARATORIOS NO PUNIBLES EN LA USURPACIÓN IMPROPIA 1.2.2.- TENTATIVA A) *Tentativa de ocupar: Primera conducta alternativa* B) *Tentativa de mantenerse: Segunda conducta alternativa* C) *La tentativa de ocupación en la Jurisprudencia menor* 1.2.3.- CONSUMACIÓN 1.2.4.- AGOTAMIENTO 2.- Autoría y participación 2.1.- Autoría y participación en la *Jurisprudencia menor* 2.1.1.- AUTORÍA 2.1.2.- COAUTORÍA 2.1.3.- AUTORÍA MEDIATA 2.1.4.- INDUCCIÓN 2.1.5.- COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD 3.- Problemática concursal en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles 3.1.- Usurpación pacífica y restantes modalidades usurpatorias 3.2.- Usurpación pacífica y concurso de leyes 3.2.1.- ALLANAMIENTO DE MORADA 3.2.2.- USURPACIÓN PROPIA O VIOLENTA 3.2.3.- COACCIONES Y AMENAZAS 3.2.4.- ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONA JURÍDICA PÚBLICA O PRIVADA, DESPACHO PROFESIONAL U OFICINA, ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O LOCAL ABIERTO AL PÚBLICO 3.3.- Usurpación pacífica y concurso real 3.3.1.- DAÑOS 3.3.2.- ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA 3.3.3.- DEFRAUDACIONES DE FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS 3.3.4.- SALUD PÚBLICA 3.3.5.- COACCIONES 3.3.6.- ESTAFA INMOBILIARIA 3.4.- Usurpación pacífica y concurso medial 3.4.1.- FALSEDADES DOCUMENTALES 3.4.2.- REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO 3.5.- Usurpación pacífica y concurso ideal 3.5.1.- DESOBEDIENCIA 3.5.2.- COACCIONES 3.5.3.- PREVARICACIÓN

1.- *Iter criminis*

Dispone el artículo 61 del Código Penal que “cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”. El delito consumado constituye, pues, el referente conceptual que tiene el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos del Libro II del Código Penal. Si bien, hasta llegar ese momento, el hecho punible doloso recorre un camino más o menos largo. Así, desde que se concibe la idea de ocupar un inmueble que no constituya morada sin autorización de su legítimo poseedor, o de mantenerse en él contra la voluntad de su titular, hasta que el autor consigue lo que se ha propuesto, atraviesa el acto una serie de fases que se conocen con el nombre de *iter criminis* (camino del delito). No todas esas fases que recorre son relevantes o igualmente de relevantes desde el punto de vista jurídico-penal. Podemos distinguir entre una fase interna y otra externa¹¹⁸⁴.

¹¹⁸⁴ Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 773; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op.*

1.1.- Fase interna

Transcurre en el seno del ánimo del autor y se desarrolla íntegramente en el interior del sujeto. Comprende en esencia actos mentales de voluntad interna, que pertenecen a la psique del autor, por lo que sólo pueden tener significación moral. En Derecho Penal no es posible el castigo de lo puramente interno que no tiene exteriorización, pues, el pensamiento no delinque (*cogitationis poenam nemo patitur*)¹¹⁸⁵.

cit., Pág., 711; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 343; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 411; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 273; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Pág., 181; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 193. “El delito, como toda obra humana, “nace, vive y muere” (Fernando Mantovani). Esa vida del delito se conoce con el nombre de *iter criminis*. Ese camino abarca todas las fases de realización del delito, que transcurren desde el momento en que nace en la mente del autor hasta el instante en que se perfecciona su ejecución, pasando lógicamente por su necesaria manifestación de la resolución criminal del autor en el mundo social”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* *Op. cit.*, Pág., 211. “El *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. La fase interna sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente. La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación”. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito...* *Op. cit.*, Pág., 459.

¹¹⁸⁵ Ulpianus; libro III, ad Edictum; cfr. D. 48, 19, 18.: *Cogitationis poenam nemo patitur* (nadie sufre pena por su pensamiento). GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo III...* *Op. cit.*, Pág., 794. Con lenguaje propio de la época, decía la Ley II, Tít., XXXI, Partida 7.- “*Como el ome non deue rescebir pena por mal pensamiento que aya en el corazón, solo que non lo meta en obra. Pensamientos malos vienen muchas vezes en los coraçones de los omes, de manera que se afirman en aquellos que piensan, para lo cumplir por fecho. E despues asman, que si lo cuinpliessen que farian mal, e arrepientense, e porende dezimos, que qualquier ome que se arrepiente del mal pensamiento, ante que començasse a obrar por el, que non meresce pena porende; porque los primeros mouimientos de las voluntades non son en poder de los ornes. Mas si despues que lo ouiesse pensado, se trabajasse de lo fazer, e de lo cumplir, començandolo de meter en la obra, maguer non lo cumpliesse de todo, estonce seria en culpa, e meresceria escarmiento, segund el yerro que fizo, porque erró en aquello que era en su poder, de se guardar de lo fazer, si lo quisiera: e esto seria como si alguno ouiesse pensado de fazer alguna traycion contra la persona del Rey, e despues començasse en alguna manera a meterlo en obra; assi como fablando con otros, para meterlos en aquella traycion que auia pensado el; o faziendo jura o escrito con ellos; o començandolo a meter por obra en alguna otra manera semejante destas, maguer non lo ouiesse fecho acabadamente. Esso mesmo seria, si viniesse en voluntad a algún ome, de matar a otro, si tal pensamiento malo como este començare a lo meter por obra, teniendo alguna ponçoña aparejada para darle a comer, o a beuer; o tomando algun cuchillo, o otra arma, yendo contra el para matarlo; o estando armado, assechandolo en algund logar, para darle muerte; o trabajándose de lo matar en alguna otra manera semejante destas, metiendolo ya por obra; ca, maguer non lo cumpliesse, meresce ser escarmetado assi como si lo ouiesse cumplido, porque non finco por el de lo cumplir, si pudiera. Otrosi dezimos, que si alguno pensasse de robar, o forçar alguna muger virgen, o muger casada, e començasse a meterlo por obra trauando de alguna dellas, para cumplir su pensamiento malo, e leuandola arrebatada;*

Se halla constituida por todos los momentos del ánimo a través de los cuales se formaliza la voluntad criminal y que preceden a su manifestación. En particular, se distinguen la *ideación* del delito (*de internis non curat praetor*, se decía en el Derecho Romano), la *deliberación* que precede o puede preceder a la decisión de cometerlo y la *resolución* criminal, en la que la voluntad toma el partido de la realización del delito¹¹⁸⁶.

Por ello, por mucho que alguien quiera ocupar un inmueble, si se queda en mero pensamiento, sin trascendencia externa, su propósito será irrelevante para el Derecho Penal¹¹⁸⁷.

ca, maguer non passasse a ella, meresse ser escarmentado bien assi como si ouiesse fecho aquello que cobdiciaua, pues que non finco por quanto el pudo fazer, que se non cumplio el yerro que auia pensado. En estos casos sobredichos tan solamente ha logar lo que diximos, que deuen rescebir escarmiento los que pensaren de fazer el yerro, pues que comiençan a obrar del, maguer non lo cumplan. Mas en todos los otros yerros que son menores destos, maguer los omes de fazer, e comiençan a obrar, si se arrepintieren ante que el pensamiento malo se cumpla por fecro, non merescen pena ninguna”. *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo cuarto... Op. cit.*, Pág., 466. “Hay otras expresiones habituales que... [manifiestan] la misma idea como “el pensamiento no paga aduana”, o el clásico refrán castellano, del que se hace eco Cervantes en el Quijote, “Debajo de mi manto al Rey mato””. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 273. “En el Derecho Penal moderno se parte de la distinción liberal entre Moral y Derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 343-344. “El alcance de este principio no debe ser supervalorado. No representa, desde luego, la consagración de un derecho político a la libertad de expresión”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 778. “La expresión de Ulpiano (el pensamiento no delinque) debe interpretarse en el siguiente doble sentido: El pensamiento ejecutivo no delinque si no llega a plasmarse en un comienzo de ejecución. A partir de ese momento, sin embargo, puede ser reconocido como elemento autónomo si hay razones para anticipar la protección penal. El pensamiento no ejecutivo (el meramente deliberativo o el que refleja una determinada actitud interna) por sí mismo nunca delinque (separación de moral y Derecho). Sólo en ciertos contextos referidos a bienes jurídicos vinculados a relaciones interpersonales, pueden tener estos elementos un papel auxiliar para la lesividad del hecho. Y las razones por las que el pensamiento no delinque no son la imposibilidad de probarlo... ni tampoco la falta de peligrosidad... Se trata más bien de un problema de ilegitimidad de la excesiva anticipación”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 273-274.

¹¹⁸⁶ Puede consultarse DOMINGO, R., Y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B.: *Reglas Jurídicas y Aforismos (con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente)*. Ed. Aranzadi. Navarra, Pamplona, 2000. Págs., 17 y ss.; NICOLIELLO, N.: *Diccionario del Latín Jurídico. Vocablos, aforismos, reglas, brocardos y sinónimos latinos del lenguaje jurídico, con citas del Derecho positivo relacionadas con ellos, de la Argentina, Brasil, España, Portugal y Uruguay*. Ed. J.M. Bosch Editor y B. de F. Julio Cesar Faira-Editor. Barcelona, Montevideo, Buenos Aires, 1999; IGLESIAS-REDONDO, J.: *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*. Ed. Civitas. Madrid, 1986.

¹¹⁸⁷ Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 777-778; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 412; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 711-712; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 343-344; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al

1.2.- Fase externa

La fase externa o de resolución manifestada, es aquella en la cual la voluntad criminal se manifiesta. Abarca los actos externos, que dan inicio al *iter criminis* con trascendencia jurídico-penal. Estos actos representan la manifestación exterior de la voluntad personal y sólo éstos tienen sentido social comunicativo con relevancia penal y con incidencia típica. En ellos la voluntad personal trasciende las barreras mentales del psiquismo humano y alcanza significación social configurando el ámbito de las expectativas sociales penalmente relevantes¹¹⁸⁸.

Comienza a partir de la exteriorización de la voluntad, desde la que el proceso de realización del delito puede proseguir, a través de la *preparación* y la *ejecución*, hasta la *consumación*, y en su caso, el *agotamiento*.

Cabe distinguir dos grandes momentos externos:

- *Actos preparatorios de una ulterior ejecución delictiva*: Son por regla general irrelevantes, y sólo en algunos concretos delitos el legislador considera que por razones político-criminales procede adelantar la necesidad de su punición, sancionando excepcionalmente ciertos actos preparatorios (actos preparatorios punibles): *conspiración, proposición, y provocación -a la que se equipara la apología-*. No siempre concurrentes, los actos preparatorios suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del tipo previsto en la Parte Especial. El Código Penal delimita un régimen de *numerus*

día. Valencia, 2010. Pág., 411; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 273-274; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 180-181; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* *Op. cit.*, Págs., 211-212.

¹¹⁸⁸ Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Págs., 220 y 262-266; JAÉN VALLEJO, M.: *El concepto de acción en la dogmática penal*. Ed. Colex. Madrid, 1994. Págs., 57 y ss.

clausus en la punición de los seleccionados y citados actos preparatorios¹¹⁸⁹.

- *Actos ejecutivos de la acción delictiva*: Comprenden la consumación y la tentativa (históricamente consumación, frustración y tentativa). El Código establece la regla general de que *son punibles el delito consumado y la tentativa de delito* (art. 15 CP). Iniciada la fase ejecutiva se parte del principio contrario al que rige para los actos preparatorios que sólo se castigan en los casos expresamente previstos en la ley¹¹⁹⁰.

La manifestación de voluntad que es, sin duda, condición del castigo no constituye todavía su fundamento. Si se ha caracterizado objetivamente el injusto como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, ha de trazarse del mismo modo la frontera

¹¹⁸⁹ “Las normas generales sobre... tentativa, conspiración y proposición [y provocación] así como sobre cualquier otra forma de exteriorizarse la voluntad criminal, no tienen aplicación cuando la ley tipifique expresamente esas conductas señalándoles una pena. Por consiguiente es un problema de técnica legislativa el decidir si estamos ante una exteriorización punible de una resolución criminal *dependiente* de un tipo delictivo, o ante un delito *independiente* de otros tipos penales”. RODRÍGUEZ DE VESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 774. “Además de estos actos preparatorios generales, el Código prevé también algunas figuras específicas de preparación delictiva. Se trata de modalidades a las que el legislador ha querido conceder una relevancia autónoma, bien para resaltar la especial gravedad del delito en cuestión, bien para llamar la atención sobre la necesidad de penar autónomamente un acto que, en sí, entraña una gravedad elevada. Esta clase de actos preparatorios conforman una segunda técnica político-criminal de incriminación de actos preparatorios: en ella, en realidad se sancionan como delitos consumados actos que no son más que preparatorios, es decir: el legislador decide, por cuestiones político-criminales, anticipar el momento en que el Derecho penal actúa, equiparando de ese modo el acto preparatorio a la consumación delictiva. Dentro de esta segunda clase de actos preparatorios específicos puede mencionarse, por ejemplo... el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo o terroristas, que para algunos autores constituye una modalidad de apología terrorista (art. 578 CP)”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* *Op. cit.*, Págs., 216-217. “Las formas de enaltecimiento y justificación castigadas en el art. 578 no pueden verse, pues, como actos preparatorios constitutivos de provocación en el sentido del art. 18 CP, ni, por tanto, como especies de la apología que el párrafo segundo de este artículo considera punible sólo como forma de provocación. Si el enaltecimiento implica provocación a un determinado delito de terrorismo no será punible con la pena de prisión de uno a dos años prevista por el art. 578, sino con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito a que se incite, que puede ser mucho más grave... Desde luego, la finalidad de la ley al tipificar el enaltecimiento o justificación del art. 578 no fue *atenuar* la pena de estas conductas, sino, bien al contrario regresar en parte a la punición de formas de apología distintas a la provocación de un delito, punición que había existido en el CP desde 1980 hasta 1995 pero que se había suprimido con la entrada en vigor del actual CP. La pena relativamente poco grave (y autónoma) del art. 578 se prevé para conductas no punibles como provocación según el art. 579 en relación con el art. 18. No exige, pues, la provocación a un delito, y por ello no depende de la pena que se señale a otro delito”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 352.

¹¹⁹⁰ Dispone el artículo 15 del Código Penal: “*Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito*”. Hasta la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, las faltas sólo se castigaban cuando habían sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.

de la punibilidad. Para fundamentar la conminación penal no basta la simple manifestación de la voluntad antijurídica sino que es preciso que esa manifestación implique un peligro, siquiera sea abstracto, para el bien jurídico. Ello excluye la punición indiscriminada de los actos preparatorios y sitúa, en vía de principio, el límite genérico de la punibilidad en el inicio de la ejecución del delito¹¹⁹¹.

1.2.1.- CONSPIRACIÓN, PROPOSICIÓN Y PROVOCACIÓN: ACTOS PREPARATORIOS NO PUNIBLES EN LA USURPACIÓN IMPROPIA

Se llaman *actos preparatorios punibles* en nuestro Derecho a la conspiración, proposición y provocación para delinquir (arts. 17 y 18 CP). Se rigen por el criterio restrictivo de *numerus clausus*; es decir, sólo se castigarán esos actos preparatorios, y exclusivamente en los casos en que la ley así lo prevea. La razón del castigo es la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal. En los tres supuestos la resolución criminal trasciende del sujeto aislado para comunicarse a otros¹¹⁹².

¹¹⁹¹ POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Pág., 212; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Pág., 344; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 711-714; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Pág., 778; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Pág., 412; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 411-412; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 273-274; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Págs., 180-182.

¹¹⁹² “En el nuevo Código Penal de 1995, frente al derogado, se ha acogido, de acuerdo con la opinión más extendida en nuestra doctrina, el principio de la excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios punibles. En el Código derogado, como es sabido, la conspiración, proposición y provocación para delinquir eran punibles con carácter general, es decir, en relación a todos los tipos delictivos de la Parte Especial. El nuevo Código, por el contrario, declara punibles a dichos actos solamente en relación con algunos delitos que se estiman especialmente graves cuando así se establezca de un modo expreso por la ley. Según el art. 17.3 CP: “La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley”, y según el art. 18.2, igualmente: “La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea”. La decisión en favor del principio de la excepcionalidad del castigo de estos actos preparatorios me parece acertada desde el punto de vista político-criminal. El legislador, sin embargo y como sucede en relación con tantas otras cuestiones del Código, ha carecido de criterio a la hora de seleccionar las figuras delictivas concretas respecto a las que debe aparecer indicada la punibilidad de estos actos preparatorios. Parece lógico y razonable que la punibilidad de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir debería haberse limitado a una determinada categoría de delitos de cierta gravedad. Para ello, hubiera debido establecerse en la Parte General del Código una cláusula que estableciera la punibilidad de tales actos en relación, por ejemplo, con todos los delitos que tuvieran señalada una pena superior a determinados años de prisión. La opción por la incriminación especial, ha dado lugar en el Código Penal español a algunas arbitrariedades, como

“La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” (art. 17.1 CP). Esta figura es concebida como coautoría anticipada.

“La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él” (art. 17.2 CP). Hasta la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, el precepto aludía a la invitación a *ejecutar el delito*, mientras que ahora dice *a participar* en él. La reforma se justifica con el fin de ampliar el ámbito de aplicación de la proposición. El alcance de la proposición depende ahora de cómo se interprete la referencia a participar en el delito. Caben inicialmente dos opciones: La primera, entender el término participación en sentido estricto, tal y como este término es habitualmente manejado por la doctrina en la teoría de la intervención en el delito, esto es, abarcando sólo las conductas de intervención en el delito por un título diferente al de autor, como inductor, cooperador necesario o cómplice. La segunda, interpretar el término en sentido amplio, como equivalente a cualquier intervención en el delito, sea como autor, sea como partícipe en sentido estricto. De no seguirse esta segunda postura se produciría el absurdo de hacer punible lo menos (invitar a una participación) y dejar impune lo más (invitar a una autoría).

ha advertido con razón Silva Sánchez, pues así como son impunes la proposición y la provocación de agresiones sexuales a menores, en cambio es punible la proposición para el blanqueo de dinero. En relación con el Código derogado, el ahora vigente introduce como novedad en el ámbito de los actos preparatorios punibles una definición de la apología y de su punibilidad. Según el párrafo segundo del art. 18.1 CP: “Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor”. Como es sabido, la problemática fundamental de la punibilidad de la apología gira en torno al conflicto que podría plantear la misma con respecto al derecho fundamental a la libertad de expresión del art. 20.1 a) CE. La exposición de ideas o doctrinas en cuanto tal, aun cuando tengan como contenido un ensalzamiento del crimen o un enaltecimiento de sus autores, no es un hecho que tenga que guardar una conexión necesaria con la realización posterior de un hecho punible concreto con respecto al que aquél sea un acto preparatorio. En este sentido, la virtualidad de la apología no parece trascender los límites del ámbito del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, y la punibilidad de la misma en cuanto tal podría ser inconstitucional. Distinto es el hecho de que la apología sea un medio concreto de captación de voluntades y, con ello, de implicación de otras personas en un proyecto de ejecución de hechos punibles. En este caso, creo que la objeción de inconstitucionalidad mencionada decaería por completo. El segundo inciso del párrafo segundo del art. 18.1 CP, al establecer que “la apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”, reduce el ámbito de la apología punible, a mi juicio, a términos compatibles con el derecho a la libertad de expresión, pero se trata de un precepto superfluo, pues los casos abarcados por ese precepto serían ya punibles de todos modos al ser ya constitutivos de provocación. Se trata de una disposición, por tanto, con valor meramente declarativo y redundante”. GRACIA MARTÍN, L.: << El “iter criminis” en el Código Penal español de 1995 >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 27. El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal. Año 1996. Págs., 3-4.

“La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito” (art. 18.1 CP). Se requiere un destinatario colectivo, ya sea los usuarios de un medio de comunicación, ya una concurrencia de personas ante la que se habla, y una incitación directa. Si en la proposición se habla de *invitar*, aquí se usa el término *incitar*, exponente de que el provocador pretende que otros realicen el hecho delictivo, pero sin acompañarlos en la ejecución¹¹⁹³.

En el Capítulo X del Título XIII del Libro II del Código Penal se contienen dos disposiciones comunes a los delitos patrimoniales: una la excusa absolutoria del artículo 268, aplicable a todos los delitos patrimoniales en que no concurra violencia, intimidación, o una situación de abuso de la vulnerabilidad de la víctima (ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad); y otra, en el artículo 269, relativa al castigo de la provocación, conspiración y proposición de ciertos delitos patrimoniales entre los que no se encuentra la ocupación pacífica de bienes inmuebles.

¹¹⁹³ Los actos preparatorios punibles se regulan en los artículos 17 y 18 del Código Penal. Dispone el artículo 17: “1.- La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2.- La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él. 3.- La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley”. Y el artículo 18: “1.- La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2.- La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”. En relación al fundamento de la punición de las fases anteriores a la consumación (teorías objetivas, subjetivas y mixtas), naturaleza jurídica, elementos... *Vid.*, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 274-279; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II*... *Op. cit.*, Pág., 212-217; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*... *Op. cit.*, Pág., 344-352; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*... *Op. cit.*, Págs., 419-442; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Págs., 720-726; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*... *Op. cit.*, Pág., 778-781; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Págs., 412-417; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 180-185.

Se castiga expresamente “la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida”. La pena será la inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente, que se determinará conforme a las reglas generales¹¹⁹⁴.

No estando expresamente prevista la ocupación pacífica de bienes inmuebles entre los actos preparatorios punibles relacionados con los delitos patrimoniales y atendiendo al sistema de *numerus clausus* de punición de los mismos ha de concluirse que la conspiración, proposición y provocación para ocupar o mantenerse en un inmueble ajeno sin autorización de su titular es impune¹¹⁹⁵.

La Jurisprudencia *menor* califica de acto preparatorio impune la mera manifestación de querer construir una caseta en el solar al que no se llegó a entrar¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁴ GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 13ª.- Disposiciones comunes a los delitos patrimoniales >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 1054-1056.

¹¹⁹⁵ “A diferencia de lo que sucedía en el CP/1973, en el que se sancionaba la conspiración, la proposición y la provocación para cometer cualquier delito, en el Código Penal vigente estas figuras sólo son punibles cuando de manera expresa así se recoja en la Parte Especial... y ello sólo se da en delitos suficientemente graves, con lo que viene a cumplirse el primer requisito material para anticipar la protección. En concreto, son punibles estas figuras en los siguientes delitos: Homicidio y asesinato (CP art. 141). Lesiones (CP art. 151). Detenciones ilegales y secuestros (CP art. 168). Trata de seres humanos (CP art. 177 bis 8). Robo, extorsión, estafa y apropiación indebida (CP art. 269). Blanqueo de capitales (CP art. 304). Tráfico de drogas (CP art. 373). [Delitos contra la Administración Pública (CP art. 445)]. Rebelión (CP art. 477). Delitos contra la Corona (CP art. 488). Asociación ilícita (CP art. 519). Sedición (CP art. 548). Atentados contra la Autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos (CP art. 553). Terrorismo (CP art. 579). Traición (CP art. 585). Delitos contra la Comunidad Internacional, salvo piratería (CP art. 615)”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 275. “No son punibles los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación (art. 269 CP)”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 211. “No cabe la punición de la provocación, conspiración y proposición, al no resultar aplicables al delito de usurpación las previsiones extensivas de la responsabilidad criminal del art. 269 del Código, e impedir tal sanción, en consecuencia, los arts. 17.3 y 18.2 de este mismo texto legal”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 347. “No cabe la comisión de esta figura por vía de conspiración, proposición o provocación, ya que el legislador no las incluye expresamente”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Pág., 166.

¹¹⁹⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 20-11-2006, nº 486/2006, rec. 14/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/422062): “Descendido al caso que nos ocupa vemos que los apelantes ni si quiera llegaron a entrar en el solar en cuestión sino que fueron sorprendidos por los Agentes cuando intentaban entrar en la parcela. Luego fue cuando Alejandro manifestó que quería construirse una caseta en el inmueble lo que, en primer lugar no se ha probado y, en segundo, de ser esto cierto estaríamos ante un acto preparatorio impune”. La Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 25-4-2013, nº 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2013/294826) al igual que la

1.2.2.- TENTATIVA

Establecido el límite genérico de la punibilidad en el comienzo de la ejecución (con la excepción de los actos preparatorios punibles) ha de determinarse cuándo comienza la ejecución, cómo y en qué se distinguen los actos ejecutivos de los simplemente preparatorios¹¹⁹⁷.

anteriormente mencionada absuelve a los condenados del delito de ocupación en grado de tentativa. En esta última, en relación a los Hechos Probados, dice: “No se aceptan los consignados en la sentencia impugnada que se sustituyen por los siguientes: Apreciando en conciencia las pruebas practicadas resulta acreditado y así se declara que los acusados Susana y su compañero sentimental Eleuterio, al igual que el acusado Cayetano resultaron sorprendidos por agentes de la Policía Nacional en el interior del garaje del inmueble sito en... con las llaves de unas viviendas que comercializa la inmobiliaria de Ibercaja, cuyos intereses representa Doña Cándida, sin que hayan llegado a entrar siquiera en las viviendas. Dichos juegos de llaves, junto con los restantes juegos de llaves de todos los pisos del edificio fueron sustraídos forzando la cerradura del piso piloto, sin que quede acreditado que el autor de dicha sustracción fueran los acusados”. Aunque “la Procuradora de los Tribunales... en nombre y representación de Doña Susana alega que... sería incongruente la condena por actos preparatorios”, la sentencia fundamenta su absolución no tanto en que sea un acto preparatorio impune, sino en la ausencia de acreditación de la voluntad de permanencia (requisito éste que ya expusimos que no era necesario) al decir: “En el caso que enjuiciamos, no se llegó siquiera a la ocupación del inmueble por los acusados, por lo que la acción no está acompañada de esa nota de continuidad, de deseo de permanencia en contravención del derecho de posesión del titular de la cosa, que debe encontrarse en función de lo dicho hasta aquí para que pueda entenderse rellena la previsión del tipo penal, más aún cuando en este caso ni está mostrada la voluntad contraria del mismo, toda vez que no llegan a entrar en las viviendas, lo que excluye cualquier nota de ánimo perturbatorio o de permanencia en la posesión que más parece iba a ser transitoria, por causas de necesidad. Parece que una intervención penal, en este caso, sería contraria a la exigencia de proporcionalidad que se deriva del principio de justicia recogido constitucionalmente en el art. 1.1 CE”.

¹¹⁹⁷ “La fórmula del “comienzo de ejecución”, presente en el actual Código Penal, surgió con el Código francés de 1810, auspiciado como plasmación de las ideas que sobre la labor punitiva del Estado implantaron los pensadores ilustrados de la Revolución francesa. La ideología liberal en que confluían dichos pensadores dotaba al Derecho penal de muy diversos principios que el propio del antiguo régimen. Éstos se caracterizan por dos notas fundamentales, que son en realidad las que caracterizan al liberalismo como doctrina política: en primer lugar, una estricta separación entre Derecho y Moral, entre el ámbito de organización pública y el ámbito de decisión privado; en segundo lugar, primacía axiológica de la libertad del individuo frente a los intereses colectivos o estatales. A partir de estos dos principios puede reconstruirse el sostén ideológico en que se asienta la fórmula del “dar principio a la ejecución”, y en general, la exigencia misma de limitar la punición a los actos ejecutivos. Por un lado, con ello se pretende excluir tajantemente del ámbito de lo penalmente relevante la llamada fase interna del *iter criminis*, en cumplimiento de la estricta separación del Derecho y la Moral. El Derecho del Estado no puede entrometerse en el fuero interno del individuo, ni para conformar sus convicciones morales, ni para castigar por razón de dichas convicciones. El aforismo de Ulpiano *cogitationes poenam nemo patitur* puede elevarse, así, a un principio liberal: en tanto los pensamientos no se han exteriorizado en acciones son completamente irrelevantes para el Derecho penal. Pero dicha exteriorización, la manifestación externa de dichas resoluciones, tampoco pueden *per se* ser objeto de castigo. A tenor del segundo principio citado del programa liberal, la preeminencia valorativa de la libertad del individuo frente a intereses supraindividuales, el Derecho penal sólo puede prohibir y castigar acciones que atenten directamente contra la esfera de intereses de terceros; la libertad sólo podrá coartarse cuando se haya atentado contra la libertad de un tercero. Desde un punto de vista material, ello llevará al principio de lesividad: solo acciones que lesionen o sean peligrosas para intereses ajenos podrán ser castigadas; desde el aspecto del comienzo de ejecución, ello implicará una proximidad directa al momento de incidencia en el bien jurídico protegido. Además, del citado presupuesto liberal de protección de la libertad individual incluso frente al Estado surge la exigencia al legislador de un máximo de *seguridad jurídica*, para evitar

Preparar el delito es llevar a cabo una actividad externa dirigida a facilitar su realización ulterior. Ejecutar el delito es, por el contrario, dar comienzo a la realización del hecho típico.

La línea de demarcación entre actos preparatorios y actos ejecutivos ha de trazarse a partir de la tipicidad, pues esta representa un índice general, aplicable a toda actuación punible, de manera que el problema de la individualización del principio de la ejecución, no es sino el problema de la determinación del comienzo de la acción típica. El ámbito de los actos preparatorios excluye el de la tentativa, y el ámbito de ésta excluye el de la consumación, pues, el acto preparatorio nunca será ejecutivo y el acto ejecutivo nunca será consumado, porque si lo es ya no es tentativa sino consumación. La tentativa empieza donde acaba el acto preparatorio, y la consumación donde acaba la tentativa. Comienzo de ejecución y no consumación constituyen los límites mínimo y máximo de la tentativa¹¹⁹⁸.

la arbitrariedad judicial. Así la exigencia de un comienzo de ejecución persigue también satisfacer esta garantía, impidiendo adelantar la punición a momentos todavía muy alejados de la consumación, respecto de los cuales, será dudosa su conexión con el delito”. ALCÁCER GUIRAO, R.: *Tentativa y Formas de Autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Ed. Edisofer, S.L. Madrid, 2001. Págs., 18-19.

¹¹⁹⁸ “La delimitación ha de hacerse con módulos objetivos deducidos de la interpretación de los correspondientes tipos penales: *teoría objetivo formal*”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 783. “El delito comienza a ejecutarse, y se entra así en fase de tentativa, cuando la conducta del autor puede ya conjugarse conforme al verbo típico. Por el contrario, quedan en el estadio de actos pre-ejecutivos todos aquellos que permanecen en la periferia del tipo”. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito... Op. cit.*, Pág., 445. “Las teorías subjetivas no permiten diferenciar entre principio de ejecución y actos preparatorios, pues la acción se toma como tentativa cuando es inequívocamente reveladora de la intención del sujeto, lo que conduce a extender el ámbito de la tentativa desmesuradamente a costa de los actos preparatorios, desplazando en realidad el problema a la esfera procesal. Llevan también a resultados insatisfactorios desde el punto de vista de la seguridad jurídica, puesto que uno y el mismo acto será punible o no según las circunstancias”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 783-784. “La *teoría objetivo material*... siendo también de carácter objetivo, ya no centra su atención en la posibilidad de conjugar o no el verbo típico, sino el dato fundamental de si los actos realizados pueden considerarse, *ex ante*, peligrosos o no para el bien jurídico penalmente protegido. Este atender a lo material (puesta en peligro) en lugar de a lo formal (actos gramaticalmente típicos), es lo que da a la presente teoría el nombre de objetivo material”. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito... Op. cit.*, Pág., 446. “La *teoría objetivo-subjetiva u objetivo-individual*... parte de que es necesario que la voluntad criminal se convierta en una realización de actos... Por eso, la determinación se hará conforme al plan del autor, ya que sólo éste podrá servir como criterio de trabajo para decidir en qué momento el sujeto se ha puesto de forma inmediata a la realización del hecho delictivo”. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 420. “Como criterios objetivos de valoración del plan del autor se manejan dos: la puesta en peligro inmediata y la inmediatez temporal. El primer criterio afirma el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico; el segundo, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica, si el tipo describe una sola

La tentativa es el primer estadio ejecutivo punible de realización del delito. “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor” (art. 16.1 CP)¹¹⁹⁹.

conducta... o, en los tipos que describen varios actos... cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a uno de los descritos en el tipo”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 355. “El problema común a la teorías propuestas es que se formulan para tratar de encontrar un momento definido en el que el hecho pasa de una mera preparación a una ejecución, pero tal momento no existe. Las propias expresiones "preparar" y "ejecutar" son inevitablemente vagas, tanto como es gradual la situación de base a la que se aplican. Cualquier intento de fijar un momento que represente una diferencia cualitativa, sustancial, en dicho proceso está condenado al fracaso... El punto de partida para una solución es reconocer que no hay un punto de corte entre preparación y ejecución, sino que ambas son parte de un proceso ejecutivo global y esencialmente gradual. A partir de ahí, es necesario ofrecer criterios valorativos generales que ayuden a los jueces a fijar convenientemente límites a efectos de garantizar la seguridad jurídica, y que a la vez permita justificar por qué en ocasiones se anticipa la protección a actos remotos, meramente preparatorios. Estos criterios que permiten una punición adelantada pueden resumirse en tres: el acto debe ser suficientemente peligroso (exigencia del principio de lesividad); razonablemente firme (para limitar lo menos posible la libertad de los ciudadanos); y objetivamente inequívoco (para evitar abusos del Estado). Todo acto previo a la consumación que vaya a ser castigado debería pasar este triple filtro de control”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 282.

¹¹⁹⁹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 12-5-2015, nº 431/2015, rec. 18/2015, Pte: Salcedo Velasco, Andrés (EDJ 2015/104171): “En relación con los argumentos de las apelaciones ya explicados en los antecedentes de hecho, y en relación a si estamos en presencia de una tentativa inidónea como señala la Sentencia apelada, por ser perfectamente aplicable al supuesto de hecho, porque sus autores no podían saber que el medio que empleaban no sería idóneo en el caso concreto, bastará para desestimarlos recordar, la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS (STS, Penal sección 1 del 13 de junio de 2001 (ROJ: STS 5063/2001) "ha establecido que la reforma del art. 16 CP 1995 no ha modificado la punibilidad de la tentativa inidónea. Si bien dos sentencias aisladas de esta Sala han llegado, inmediatamente después de la entrada en vigor del CP 1995, a una conclusión diversa, lo cierto es que las decisiones posteriores han establecido lo contrario (confr. SSTs 21-6-99; 13-3-2000; 2-6-2000). La Sala ha señalado que la expresión "objetivamente" no implica idoneidad de los medios o del objeto. Por el contrario, de lo que se trata es que la producción del resultado no debe depender de la imaginación o fantasía del autor, sino de un plan que tenga un fundamento racional. Tal es el caso del intento de abrir una puerta mediante una palanca. Es cierto que si las puertas estaban blindadas el método utilizado no producirá el resultado esperado, pero no es menos cierto que nadie duda de la idoneidad de la tentativa del que dispara sobre otro un arma de fuego y no lo mata porque, sin saberlo, el sujeto pasivo tenía un chaleco antibalas. Dicho con otras palabras: la idoneidad del medio no desaparece por el hecho de que el objeto tenga una protección superior a la esperada por el delincuente. La distinción entre tentativas idóneas e inidóneas, como lo viene señalando un importante sector de la doctrina, carece de razón de ser y no puede ser el fundamento político criminal de la no punibilidad de las supuestas tentativas inidóneas. Es claro que, contemplada la acción *ex-post*, toda tentativa es inidónea, pues de lo contrario, la acción hubiera conducido a la realización del tipo". Es más, se señala por el TS, aun admitiendo, a efectos dialécticos que se pudiese estimar como una tentativa inidónea con inidoneidad absoluta como sugiere el recurrente, tampoco ello nos llevaría a la tesis absolutoria que propugna el recurrente, ya que debe tenerse en cuenta la consolidada doctrina jurisprudencial (sentencias de 21 de Junio de 1999, 13 de Marzo de 2000) según las que la tentativa inidónea, es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio "objetivamente" en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código Penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, "objetivamente" quiere significar que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar

El Código Penal actual ha prescindido de la distinción entre tentativa y frustración. Tanto el intento inacabado (la anterior tentativa) como el acabado fallido (anterior frustración) se incluyen ahora en el concepto legal de tentativa. Pese a ello, se sigue teniendo en cuenta el grado de ejecución alcanzado como criterio a que ha de atenerse el Juez, junto con el peligro inherente al intento, para imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado (art. 62 CP)¹²⁰⁰. Ello ha llevado a la Doctrina y Jurisprudencia a distinguir entre tentativa inacabada y acabada¹²⁰¹.

el resultado, lo que resulta incuestionable en el caso de autos. Se trata de supuestos, se dice, en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva "*ex post*" toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de la acción. En este mismo sentido, la más reciente Sentencia 749/2004, de 7 de Junio. Como se ha afirmado doctrinalmente incluso en caso de tentativa inidónea - delito imposible, cuando se advierte tras el hecho que no podía llegarse a su consumación, no puede olvidarse que, si un observador medio puesto en lugar del autor hubiera creído *ex ante* posible la consumación, la tentativa inidónea será punible, no siendo válida la tentativa *ex post*, puede toda tentativa ha demostrado *ex post* ser incapaz de producir el resultado. Y se distingue entre tentativa inidónea relativa cuando los medios en abstracto pueden producir el resultado o poner en peligro el bien jurídico, y la tentativa absolutamente inidónea o irreal cuando este resultado sólo cabe en la imaginación del autor por inidoneidad del objeto o del curso causal o los medios cuando estos son irreales o imaginarios. Reiteramos, las apelantes decidieron vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto, algo que no podían siquiera saber antes de intentarlo ni está probado que no lo supieran. Como señala el Ministerio Fiscal en su informe de oposición a la apelación los medios utilizados en este caso por sus características de dureza y maleabilidad eran los adecuados y se creó una situación de riesgo para el bien jurídico protegido pues de no haber puesto la llave los propietarios, extremo que desconocían las apelantes, su hubiere perfeccionado el hecho".

¹²⁰⁰ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 6-7-2012, nº 473/2012, rec. 100/2012, Pte: Barrientos Pacho, Jesús María (EDJ 2012/181831): "Extremo éste al que ya en la sentencia combatida se le reconoció relevancia calificadora al estimar el ilícito cometido en grado de tentativa, aun cuando luego, al tiempo de individualizar la pena no haya aplicado la obligada rebaja penológica que previene el artículo 62 del Código Penal. Así, deberemos rebajar nosotros ahora la respuesta penal dada en la instancia para el ilícito cometido, para adecuar la multa impuesta en su duración temporal a las exigencias del referido artículo 62 del Código Penal, es decir, rebajando en un grado la pena dispensada en el artículo 245.2 para el delito consumado". Audiencia Provincial de Málaga, sec. 3ª, S 3-3-2014, nº 89/2014, rec. 45/2014, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2014/296206): "El Juez de lo penal estima procedente imponer la pena inferior en grado en su mitad inferior, habida cuenta del reconocimiento de los hechos por parte del acusado y el importe de los daños causados. Se estima procedente mantener la rebaja de la pena en un grado y no en dos como solicita el recurrente y ello atendiendo al grado de ejecución alcanzado (tentativa acabada), teniendo en cuenta que si el delito no llegó a consumarse fue por la intervención policial".

¹²⁰¹ "La primera cuestión que debe comentarse en relación con la regulación de los actos ejecutivos punibles es la relativa a la desaparición de la tradicional diferencia legal-formal que establecía el Código derogado entre tentativa y frustración. La tentativa consistía formalmente en dar principio a la ejecución del delito sin practicar la totalidad de los actos ejecutivos (art. 3 párr. 2º CP 73), y la frustración en la práctica de la totalidad de los actos ejecutivos que deberían producir como resultado el delito (art. 3 párr. 1º CP 73). Esta diferencia tenía luego su reflejo en la consecuencia jurídica aplicable, pues la frustración

se castigaba con la pena inmediatamente inferior en un grado a la prevista para el delito consumado (art. 51 CP 73), mientras que para la tentativa se establecía la posibilidad de atenuar la pena también en dos grados y no sólo en uno. En el nuevo Código Penal todos los actos ejecutivos punibles se subsumen en un único concepto de tentativa... La nueva regulación unitaria de los actos ejecutivos punibles, sin embargo, no elimina la necesidad de distinguir, también en el nuevo Código, entre los dos grados de ejecución punible anteriormente mencionados, es decir, entre la tentativa y la frustración, que ahora, con una terminología paralela a la de la doctrina alemana, pueden denominarse, respectivamente, tentativa inacabada y tentativa acabada. La distinción entre tentativa inacabada y acabada es obligada, sobre todo, en relación con las distintas condiciones que determinan la eficacia del desistimiento en uno y otro caso. En el caso de la llamada tentativa inacabada será suficiente con que el sujeto deje de actuar, pues faltando aún la realización de actos ejecutivos necesarios para que el hecho llegue a la consumación, bastará con que aquéllos no se realicen para que ésta no se produzca. En el caso de la tentativa acabada, en cambio, dado que el autor ha llevado a cabo ya la totalidad de los actos ejecutivos, la consumación sólo podrá ser evitada mediante una actuación positiva que neutralice el proceso causal ya desarrollado. El nuevo Código Penal, a diferencia del derogado, ha clarificado expresamente el distinto alcance del desistimiento, pues según el art. 16.2 la evitación voluntaria de la consumación podrá deberse o bien a un desistimiento "de la ejecución ya iniciada" (caso de la tentativa inacabada), o bien (caso de la tentativa acabada) a un impedir "la producción del resultado". En mi opinión, habrá que entender que la tentativa está ya acabada, al menos, en aquel momento en que el sujeto considere que ha dejado de tener el dominio del hecho en el sentido de no tener ya en sus manos el control del curso causal desarrollado, pues en tal caso el autor cuenta ya con la posibilidad de que se produzca la consumación". GRACIA MARTÍN, L.: << El "iter criminis" en el Código Penal español de 1995 >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 27. El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal. Año 1996. Pág., 5. "Puede decirse en buena técnica penal, que la *tentativa acabada*, en la medida en que supone la realización de todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado sin que éste se produzca, por causas ajenas al sujeto actuante, coincide con la antigua frustración. En tanto que *tentativa inacabada* supone la ejecución de parte de los actos que deberían producir el resultado y, por causas ajenas a la voluntad del sujeto actuante no se producen". SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 187. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-7-2000, nº 1258/2000, rec. 698/1998, Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo (EDJ 2000/20679): "El artículo 62 cuya infracción se alega dispone que en los delitos intentados se imponga la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado "en la extensión (añade el precepto) que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado". Esta última expresión pone de relieve que, aunque en la actual definición de la tentativa en el artículo 16 se engloban los supuestos de ejecución imperfecta, sin diferenciar entre la tentativa inacabada o propia tentativa, y la tentativa acabada conocida como frustración, también lo es que su distinción no deja por ello de tener relevancia y reflejo en la regla del artículo 62, al aludirse en ella al grado de ejecución alcanzado. Debe pues distinguirse a tales efectos dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término a su plan, y otro en el que ha realizado todo cuanto se requería según éste para la consumación; es decir, tentativa y frustración. Distinción relevante a la hora de determinar la reducción penológica en uno o dos grados". Tribunal Supremo Sala 2ª, S 14-7-2006, nº 798/2006, rec. 1804/2005, Pte: Giménez García, Joaquín (EDJ 2006/105613): "Hay que recordar que en el vigente Código Penal, ha desaparecido (o por mejor decir, ha perdido sustantividad) la figura de la frustración que ha quedado englobada dentro de la tentativa (art. 16), si bien a efectos de la disminución de la pena en relación al delito consumado, el art. 62 establece la posibilidad de rebajar la pena en un grado, o dos grados. En general, esta Sala se ha hecho eco de la distinción doctrinal entre tentativa acabada y tentativa inacabada. La primera equivaldría a la antigua frustración en la que los actos de ejecución están completados, y la inacabada, aquella en la que no ha existido una ejecución completa. Por ello, la tentativa acabada, exponente de una mayor temibilidad en el sujeto supondría la imposición de la pena inferior en un sólo grado, y la incompleta en dos grados. En tal sentido, SSTs 1574/2000 de 9 de junio, 558/2002, 1296/2002 de 12 de julio, 1326/2003 de 13 de octubre y 409/2004 de 24 de marzo".

Se extiende así el concepto de tentativa a todo el proceso de ejecución, desde su comienzo hasta su terminación sin consumación¹²⁰².

¹²⁰² *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 30-12-2010, nº 1188/2010, rec. 10665/2010, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2010/298196): "Porque, como también indicamos en la sentencia TS 600/2005 de 10 de mayo: "...siendo el "iter criminis" un proceso sólo completo en la consumación y más o menos realizado en la tentativa, a ese mayor o menor nivel de avance en la realización delictual corresponderá respectivamente la rebaja en uno o dos grados que prevé el art. 62 CP. De ahí que la distinción doctrinal entre la tentativa inacabada y acabada tiene su relevancia y reflejo en la regla del artículo 62, al aludir en ella al grado de ejecución alcanzado. Deben, pues, distinguirse a tales efectos dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término a su plan, y otro en el que ha realizado todo cuanto se requería según su proyecto delictivo para la consumación, que podrían equipararse a la tentativa y frustración....". La STS 1207/2009 de 2-12 explica que existe tentativa cuando se advierte la falta de algún elemento del tipo objetivo, pues el subjetivo no difiere de la consumación (debe incluirse el dolo eventual), y podemos hablar de acabada o inacabada según el resultado pueda producirse sin mayores actuaciones por parte del autor (acabada) o cuando éste no ha ejecutado todos los actos que según su plan debía realizar para producir el resultado y objetivamente desaparece el peligro de que se produzca. Siendo ello así, objetivamente la tentativa será acabada cuando el plan del autor para la producción del resultado es idóneo o racional, es decir, no depende sólo de su propia idea o imaginación, sino que es constatable objetivamente la relación de causalidad (véase STS núm. 657/2007, de 21 de junio). En otras palabras, la tentativa será acabada, cuando los actos realizados, los instrumentos utilizados y la mecánica comisiva hubieran podido producir objetivamente el resultado perseguido según el plan del autor. No se debe olvidar que el art. 16 del CP de 1.995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente debería producir el resultado"). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Es decir, que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común. La STS. 84/2010 de 18-2, tras recordar el contenido del art. 62 CP. dispone que "a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo el peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado", precisa con cita en la STS. 261/2005 de 28-2, que "el nuevo Código Penal ha concentrado en un solo precepto las formas imperfectas de ejecución del delito, considerando que solo existen dos modalidades: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más especificaciones sobre los grados de ésta, como se hacía en el anterior Código Penal. No obstante la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y la tentativa inacabada, que es la tradicionalmente recogida en los textos anteriores. Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada (nos dice la STS. 817/2007 de 15-10) se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el art. 16.2 del Código penal. En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito. Realmente, la interpretación de la realización de todos los actos a que se refiere el art. 16.1 del Código Penal no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá fallado algo, de modo que no se puede mantener que, en sentido físico, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la consumación. De modo que ese "todos", debe entenderse en sentido jurídico, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un mero accidente con el que no contaba el sujeto activo del delito. Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código Penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del art. 62 del Código Penal. En efecto, en este precepto, no

solamente se tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva". En este sentido la STS. 804/2010 de 24-9, recuerda la doctrina de esta Sala, en la exégesis del artículo 16.2, que ha venido distinguiendo entre la necesidad de un denominado "arrepentimiento activo", o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del repetido artículo 16.2 del Código Penal, según que nos encontremos ante lo que se ha venido a denominar "tentativa acabada" o "inacabada". Así, mientras que en la "inacabada" bastaría con la interrupción de la ejecución, en la "acabada" se requeriría la realización de actos impeditivos del resultado. No obstante esta Sala considera que, por mucho que haya parecido favorecer la claridad de la aplicación de la norma esa diferenciación, ya casi "clásica", entre la tentativa "acabada" y la "inacabada", la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones como precisamente ésta de su relación con el "desistimiento", puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas. De hecho parece incuestionable que nuestro legislador de 1995, perfecto conocedor de las posiciones doctrinales definidoras de dicha distinción, optó con plena y consciente voluntad sin embargo, superando con ello la tradicional dicotomía tentativa -frustración, por reducir la ejecución ausente de consumación a una sola categoría, tentativa, que englobase tanto los supuestos de realización de "...todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado..." (art. 16.1 CP), remitiendo a la simple condición de regla para la determinación de la pena (art. 62 CP), sin entidad ontológica dispar, "...el grado de ejecución alcanzado" por el autor en la comisión del delito, que deberá además valorarse a tales efectos con otro criterio cual es el del "...peligro inherente al intento...". En línea con lo anterior no parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como "acabada" o "inacabada" de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del "desistimiento" del artículo 16.2. En cuanto al desistimiento la STS. 456/2009 de 27-4, incide en este sentido, mientras que el "desistimiento en sentido propio", o "arrepentimiento eficaz", supone una interrupción de la actuación delictiva llevada a cabo en el curso de la ejecución del ilícito que, de esta forma, se ve interrumpida antes de su conclusión y de alcanzar el resultado, el llamado "desistimiento activo" consiste a su vez en la evitación voluntaria de la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado a pesar de haberse realizado previamente todos los actos a él conducentes, como dispone uno de los supuestos del apartado 2 del artículo 16 del Código Penal. De hecho, el referido precepto configura como excusa absolutoria, que excluye la responsabilidad penal del agente y, por ende, la punición de su conducta, dos diferentes hipótesis: el "arrepentimiento activo" o "desistimiento propio", cuando se evita la consumación al no proseguir con la ejecución del delito una vez comenzada, y el "desistimiento activo" que, como queda dicho, significa, una vez completada la ejecución del ilícito, la realización de acciones que impiden que se produzca el resultado. En cuanto al fundamento de tal previsión, estriba (según se dice en STS. 19.12.2007 y reitera la de 2.2.2009), en los siguientes: "Algunos autores entienden que el tratamiento favorable que en el mismo se establece para el desistimiento del delito intentado responde a razones de política criminal. Según esta doctrina (conocida como teoría de la política criminal o del premio) la ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal. Otros autores sostienen (teoría de la culpabilidad insignificante) que el fundamento de esta norma se encuentra precisamente en la reducción de culpabilidad hasta lo insignificante, pues se apoya en una compensación basada en un *actus contrarius*. Finalmente, otra parte de la doctrina, considera que, en el mismo, confluyen varios fundamentos: las apuntadas razones de política criminal y también la menor culpabilidad que implica la consideración global del hecho, con un significado inicial negativo que se compensa con un sentido positivo de la evitación del resultado configurador de la correspondiente figura penal". En la STS. 197/2010 de 16-12, después de examinar los criterios doctrinales para determinar la voluntariedad del desistimiento, se afirma que "pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes (sean o no esos motivos éticamente valiosos) o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, desde la perspectiva de la lógica criminal justifica

La tentativa es un tipo dependiente, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado. No hay una tentativa en sí, sino tentativa de delito consumado de usurpación pacífica de bienes inmuebles; de ahí que el dolo sea el mismo que en el delito consumado¹²⁰³.

Nada impide la posibilidad de que concurra el beneficio de la excusa absolutoria contemplada en el artículo 16.2 y 3 del Código Penal para los casos de desistimiento voluntario cuando, v. gr., el sujeto se percató de que el inmueble constituye morada y desiste de la ejecución; sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiere incurrido por los actos ejecutados (delito leve de daños si el valor de la cerradura forzada no excede de 400 euros)¹²⁰⁴.

que el orden jurídico recompense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. Y en STS. 1573/2001 de 17-99, se insiste en que "no requiere ninguna motivación especial" bastando sea voluntario. En cuanto al llamado desistimiento activo, en el caso de tentativa acabada, en Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 15.2.2002, que lo calificó de "excusa absolutoria incompleta", la entendió aplicable tanto cuando era el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que con los que finalmente lo consigue. Acordes con la doctrina SSTs. 446/2002 de 1-3, y 1270/2006 de 13-11".

¹²⁰³ MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 416. Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-11-2001, nº 2227/2001, rec. 1184/2000, Pte: Saavedra Ruiz, Juan (EDJ 2001/47572): "Se plantea la cuestión relativa a la tentativa. Esta supone ya pasar de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el artículo 16.1 CP hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa".

¹²⁰⁴ Disponen los apartados 2 y 3 del artículo 16.2 del Código Penal: "2.- *Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.* 3.- *Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito*". En relación al desistimiento, Vid., RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 787-788; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 730-732; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Págs., 188-192; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Págs., 186-187; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 455-462; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 422-423; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 365-369; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo

Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 423-426; CAMPO MORENO, J.C.: << Arrepentimiento: alcance penal en el *iter criminis* y en la responsabilidad criminal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 7. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Año 1995. Págs., 1-32. “Según la definición legal de la tentativa, esta requiere que el resultado no se produzca “por causas independientes de la voluntad del autor” (CP art.16.1). Esta referencia da entrada en la propia definición de tentativa a la figura del desistimiento, que luego se desarrolla en el régimen general (CP art.16.2) y en el caso de intervención conjunta de varios sujetos (CP art.16.3). El apartado 2 desarrolla los elementos básicos del desistimiento... No en toda tentativa es fácticamente posible el desistimiento. Cuando la tentativa se hace irreversible ya no cabe desistimiento, porque el hecho ha dejado de ser accesible a la intervención del autor, tanto omisiva como activamente. Aunque el Código sólo menciona el desistimiento al tratar de la tentativa, ya vimos que debe aplicarse también a los actos preparatorios punibles... Se distingue el desistimiento omisivo, propio de la tentativa inacabada, y el activo, propio de la acabada. El Código se refiere a ellos respectivamente como “desistir de la ejecución ya iniciada”, e “impedir la producción del resultado”. En el caso del desistimiento omisivo, al sujeto le basta con no continuar su hecho (por ejemplo, no instala la espoleta en la bomba que quería activar). En el caso del desistimiento activo, el sujeto debe deshacer lo que previamente ha hecho (por ejemplo, desactivar la bomba que había dejado dispuesta con un temporizador). Su efecto en la responsabilidad es idéntico... En los delitos de omisión el desistimiento se da sólo en la tentativa inacabada, y es siempre activo. La tentativa acabada coincide en la omisión con la irreversible, y por ello ya no cabe desistimiento... La jurisprudencia ha utilizado criterios muy variables para apreciar el desistimiento (un repaso a esta doctrina se encuentra en TS 18-4-00). En general no se exige ya, como antaño, una motivación interna ética, una cualidad moral de arrepentimiento, sino que más bien, en un plano subjetivo y por tanto más cercano al principio de culpabilidad, lo relevante a los efectos de eximir de la pena es constatar que con su conducta el sujeto ha demostrado que su propósito criminal no era suficientemente fuerte o intenso, por lo que la pena no se presenta como una opción necesaria, ni desde el punto de vista de la prevención general ni mucho menos desde la prevención especial (TS 10-7-99). Es correcto excluir el privilegio del desistimiento solamente cuando las desventajas o peligros vinculados a la continuación del hecho aparecen ante los ojos del autor como desproporcionadamente graves comparados con las ventajas que procura obtener, de tal manera que sería evidentemente irrazonable asumirlas. De este modo puede afirmarse (TS 18-4-00): a) Que pertenecen a la órbita de la tentativa punible los supuestos en que la renuncia a continuar la iniciada ejecución del delito, responde a la objetiva imposibilidad sobrevenida de continuar con la acción, o a la creencia de que ya no es objetivamente posible consumarla (tentativa fracasada), o cuando el sujeto pudiendo culminar la acción típica se abstiene de hacerlo al percibir que de ello se seguirían para él consecuencias tan gravemente perjudiciales que racionalmente no podía aceptarlas. b) Pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo posible objetivamente continuar la acción iniciada, decide el sujeto abandonar el proyecto criminal bien por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes (sean o no esos motivos éticamente valiosos) o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción, pues tal proceder “irrazonable” desde la perspectiva de la lógica criminal justifica que el orden jurídico recompense la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente. De ahí que se haya dicho que el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad (sea cual fuere su origen) de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta útil según las normas del comportamiento criminal”. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 287-290. *Vid.*, Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 6-11-2014, nº 106/2014, rec. 72/2014, Pte: Fabián Caparrós, Eduardo Ángel (EDJ 2014/277240): “La Sala considera que la resolución debe ser revocada. Sin necesidad de alterar el relato de hechos probados en la Sentencia dictada en primera instancia, consideramos que de ellos cabe inferir una calificación jurídica distinta a la alcanzada por el órgano a quo, que a continuación fundamentamos. Como ya se ha indicado, probado queda que el Sr. Eutimio taladró la cerradura de la vivienda propiedad del Sr. Nazario con intención de penetrar en la misma, no accediendo a ella al no encontrarla deshabitada. Sin embargo, de estos hechos no deriva necesariamente la conclusión expresada en el fallo. En su fundamento jurídico segundo, la Sentencia impugnada se decanta por “apreciar la tentativa como inacabada o inidónea” (sic), descartando expresamente la posibilidad de que el condenado se beneficie de la excusa absolutoria contemplada en el artículo 16.2 del Código Penal para los casos de desistimiento voluntario, invocada por la defensa en el acto del juicio oral, dado que el sujeto habría renunciado a ocupar la vivienda “obligado por las circunstancias externas que impidieron la consumación del delito”. Con todo, esta instancia considera que nada impide apreciar esta última solución jurídica, pues no se ha estimado probado ningún hecho que

A) Tentativa de ocupar: Primera conducta alternativa

Como ya expusimos al analizar la conducta típica es suficiente para considerar que existe ocupación con que se penetre en el inmueble que no es propio o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida y que con esa conducta se perturbe a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo. Conducta alternativa que calificamos como de *resultado*, pues tal penetración en el inmueble que no es propio, o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida, y con la que se perturba a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo, supone esa modificación del mundo exterior que caracteriza a los delitos de resultado (máxime si para acceder al mismo no se emplean medios subrepticios o clandestinos sino fuerza en las cosas *v. gr.*, rotura de cristales, de puerta, cambio de cerradura...) Situación, modificación del mundo exterior, que se prolonga en el tiempo por voluntad del sujeto activo dado su carácter permanente.

demuestre que el acusado dejara de ocupar la vivienda por otro motivo ajeno a su propia voluntad tras comprobar que no se trataba de un inmueble deshabitado. Según jurisprudencia ampliamente consolidada (SSTS 1125/2011, de 2 de noviembre; 254/2011, de 29 de marzo; 1188/2010, de 30 de diciembre, entre las más recientes), pertenecen al ámbito del desistimiento voluntario los supuestos en que, siendo objetivamente posible continuar la acción iniciada, el sujeto decide abandonar el proyecto criminal, bien sea por motivos autónomos e independientes de las circunstancias concurrentes (sean o no esos motivos éticamente valiosos) o bien por la percepción de un riesgo que sería razonablemente asumible o aceptable en comparación con las ventajas que obtendría de la prosecución de la acción. Analizados los hechos que la resolución impugnada estima probados (y que esta Sala no cuestiona), la evaluación de los mismos desde la óptica procesal del principio "in dubio pro reo" lleva necesariamente a optar por la tesis más beneficiosa para el acusado (SSTS 658/2014, de 16 de octubre; 427/2013, de 10 de mayo; 855/2010, de 7 de octubre, entre las más recientes), que no es la seguida en la Sentencia apelada... Apreciado el desistimiento voluntario, el propio artículo 16.2 del Código Penal establece expresamente que la exención de responsabilidad por el delito no consumado no perjudica la responsabilidad en que el autor haya podido haber incurrido por los actos ejecutados, en el caso de que estos sean constitutivos de otro delito o falta. Queda probado que D. Eutimio causó deliberadamente daños en la cerradura de la propiedad del Sr. Nazario, taladrándola hasta el punto de producir desperfectos tasados pericialmente en la suma de 203,29 euros. En la Sentencia apelada, este perjuicio se encauza a través de la correspondiente exigencia de responsabilidad civil, solución que el Ministerio Fiscal no objeta. Con todo, aplicada la excusa absolutoria respecto del delito desistido, el único acto ilícito punible por el que ha de castigarse al acusado es por el de la falta de daños que causó sobre la citada cerradura. Cabe destacar que fueron los daños (cifrados antes de la pericia en 580,80 euros) los que dieron sustento material al Auto de 10 de octubre de 2013 por el que el Juzgado instructor acordó seguir las diligencias conforme a los trámites del procedimiento abreviado, aunque más tarde decayera tal acusación, entendiéndose sin duda absorbida por el delito de usurpación. Los daños fueron premeditados y por tanto dolosos, en cuanto que resultaban necesarios a ese propósito inicial de ocupación que le llevó a deteriorar la puerta. Revisada la evaluación de su cuantía, los mismos constituyen la falta prevista en el artículo 625.1 del Código Penal y, a la vista de las circunstancias que concurren en el acusado, procede imponerle una condena de 10 días de multa, con una cuota diaria de 3,00 euros, manteniendo la responsabilidad civil fijada en la Sentencia apelada".

La ausencia del desvalor del resultado, propia de la tentativa de delito, ausencia precisamente derivada de no producirse el resultado finalísticamente perseguido por el autor de la conducta penalmente típica, no determina la licitud de la conducta, pues el Derecho, en relación con los delitos de resultado, no prohíbe en sentido estricto la producción del resultado previsto en el tipo penal, sino que prohíbe la realización de la acción dirigida a la producción del resultado típico; y prueba de ello es la punición en el Derecho Penal Español de la tentativa de delito¹²⁰⁵.

Son, pues, posibles las formas imperfectas de ejecución cuando concurren, al respecto, los requisitos del artículo 16 del Código Penal. Serían los supuestos en los que con consciencia y voluntad de penetrar en el inmueble, no se llegase a alcanzar por causas ajenas a la voluntad de los agentes (ser sorprendidos por vecinos, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado...); o en los que, interviniendo *fuerza en las cosas*, no dirigida directa e inmediatamente a vencer la voluntad de las personas, sino a suprimir las barreras e impedimentos físicos que el titular del inmueble tiene establecidos para impedir su acceso (candado, cerradura, reja, puertas, ventanas...), no se lograra la entrada a pesar del propósito del sujeto o sujetos activos¹²⁰⁶.

¹²⁰⁵ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2006, nº 465/2006, rec. 266/2006, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2006/399542); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 23-2-2015, nº 146/2015, rec. 291/2015, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2015/30641).

¹²⁰⁶ “Cabe la tentativa, en el caso de la conducta activa”. LANDECHO VELASCO, C.Mª, Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial... Op. cit.*, Pág., 201. “Se llega a castigar hasta la tentativa: entrar en la vivienda ajena apalancando la puerta, siendo sorprendido por la policía, lo que le obliga a huir, por lo que la ocupación no llegaría a una hora”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 477. “Este Tribunal de apelación considera que los hechos que se describen en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida son constitutivos de un delito de usurpación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal, si bien el delito aparece ejecutado en el grado de tentativa del artículo 16.1 del Código Penal. Ello es así por cuanto en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida se describe con contundencia que el acusado llegó a penetrar en la vivienda que le era ajena... y que no llegó a la ocupación efectiva de la misma... por causa independiente y ajena de la estricta voluntad del acusado, pues la huida de éste de la vivienda a la que acababa de entrar se debió a la intervención policial. Es decir, el acusado dio principio a la ejecución del delito de usurpación de inmuebles previsto en el artículo 245.2 del Código Penal, iniciando dicha ejecución por hechos externos, como el forzamiento de la puerta de la vivienda y la entrada en la misma, que hubieran llevado, si dicha ejecución no se hubiera visto interrumpida por la presencia policial, a la consumación del delito mediante la ocupación o habitación de la vivienda por el acusado; con lo que el acusado cometió el indicado delito en grado de tentativa”. CALABUIG COSTA, Mª L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 815. MESTRE DELGADO considera este delito como de actividad y admite la tentativa: “Como delitos de actividad que son... se consuman con la realización de la actividad típica... pudiendo ser sancionados, en forma de tentativa (inacabada) cuando la acción delictiva se interrumpa, contra la voluntad de su autor, sin que éste haya realizado todos “los actos que objetivamente deberían producir el resultado” (art. 16.1 del Código)”.

HERRERO HERRERO, BRAGE CENDÁN, MANZANARES SAMANIEGO exigen la permanencia o consolidación ocupacional para considerar consumado el delito, entendiendo que hay tentativa cuando habiéndose penetrado en el inmueble no se da la requerida continuidad o duración. Nosotros entendemos que sí habría consumación y no tentativa con la mera penetración en el inmueble siempre que ésta suponga una perturbación al legítimo ocupante¹²⁰⁷.

Igualmente discrepamos de aquellos autores (FERNÁNDEZ APARICIO, GONZÁLEZ CERRÓN) que entienden que hay tentativa cuando no se logra el ánimo de lucro. Consideramos que el delito estaría consumado, aunque no agotado, si el sujeto penetra en el inmueble; y ello como ya expusimos, al no ser el ánimo de lucro, ni la utilidad reportada, ni el daño causado elementos del tipo¹²⁰⁸.

MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 347.

¹²⁰⁷ Dicen así estos autores: “Son posibles las formas imperfectas de ejecución cuando concurren, al respecto, los requisitos del art. 16 CP. Serían los supuestos, por ejemplo, en los que, con dolo de ocupación o de “mantenimiento”, no llegasen a alcanzar, por causas ajenas a la voluntad de los agentes, la requerida continuidad o duración para la tipicidad de las conductas. O en los que, interviniendo “fuerza en las cosas” (no dirigida directa e inmediatamente a vencer la voluntad de las personas) como medio de penetración en el inmueble, no se lograra la entrada a pesar del propósito del sujeto o sujetos activos”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* *Op. cit.*, Pág., 166. “Es factible la tentativa tanto en su modalidad de acabada como inacabada, cuando la entrada no va seguida de una mínima consolidación ocupacional”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Pág., 26. “Respecto al grado de ejecución, procede insistir primeramente en el rechazo a la exigencia de un resultado de utilidad o daño. Lo decisivo para la consumación es la ocupación misma o la paralela permanencia contra la voluntad de quien puede oponerse a ella. La proyección temporal de la ocupación permite la tentativa y aun la frustración cuando la entrada no va seguida de una mínima consolidación ocupacional. No hay aquí ni un delito de tendencia ni un delito mutilado de dos actos. Lo que ocurre es que, a semejanza de lo que sucede con la más reciente concepción jurídica sobre el rapto, el tipo objetivo de la usurpación activa requiere una ocupación duradera (si se permite la redundancia) y el delito no se consuma en tanto no concorra ese elemento. En todo caso, el dolo de la ocupación puede ser posterior a la entrada, como es posible igualmente que haya autorización para la entrada o para una breve estancia (v. gr., para surtirse de agua) y se produzca luego una verdadera ocupación con la comisión del correspondiente delito en su modalidad positiva: se habrá ocupado el espacio típico sin la autorización debida. La modalidad pasiva demanda... que la persona compelida a retirarse no sea ya autor de la otra variante. El delito de mantenimiento se dirige sólo contra quienes reciben la conminación sin haber delinquirado antes de la ocupación previa”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 914.

¹²⁰⁸ Dicen así estos autores: “Cabe también la tentativa cuando el sujeto no consiga la finalidad pretendida”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >>... *Op. cit.*, Pág., 1317. “Pone de manifiesto Fernández Aparicio que es posible la tentativa si el autor del delito no alcanza la finalidad buscada. Sobre el particular hay que tener en cuenta que la finalidad es la satisfacción de un ánimo de lucro, culminándose

B) Tentativa de mantenerse: Segunda conducta alternativa

La modalidad pasiva es, por su carácter de delito de omisión propia, una figura de mera inactividad, lo que imposibilita a nuestro juicio la apreciación de formas imperfectas¹²⁰⁹.

con una utilidad reportada (que puede consistir en el mero uso y disfrute del inmueble, vivienda o edificio); utilidad reportada, que por lo demás constituirá el resultado y da lugar a la consumación del delito, aunque en la ocupación y mantenimiento contemplados en el artículo 245.2 se omita toda referencia a ella, sin que sea criterio determinante en la imposición de la pena, a diferencia de otras figuras delictivas usurpatorias. No obstante Manzanares, entendiendo que el lucro no forma parte del tipo, rechaza que el resultado venga constituido por la utilidad, que incluso puede faltar, al igual que el daño; de modo que la tentativa viene dada por la entrada sin una "mínima consolidación ocupacional", en tanto que en el mantenimiento, al tratarse de "una figura de mera inactividad" no caben las formas imperfectas de ejecución". GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* Op. cit., Pág., 396.

¹²⁰⁹ "Los propios delitos de omisión y aquellos denominados de comisión por omisión, que no pueden equipararse a la acción, no son susceptibles de tentativa... Tampoco puede haber tentativa en los delitos denominados de mera actividad". JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito...* Op. cit., Págs., 475-476. "Respecto al grado de ejecución, procede insistir en la no exigencia de un resultado de utilidad o daño. Lo decisivo para la consumación es la ocupación misma o la paralela permanencia contra la voluntad del titular. La modalidad pasiva es, por su carácter de delito de omisión propia, una figura de mera inactividad, lo que imposibilita la apreciación de formas imperfectas". MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)...* Op. cit., Págs., 478-479; "La modalidad pasiva es, por su carácter de delito de omisión propia, una figura de mera inactividad, lo que parece impedir la aparición de formas imperfectas". MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 223. "La modalidad pasiva es por su carácter de delito de omisión propia una figura de mera inactividad, lo que parece impedir la apreciación de formas imperfectas. El retraso en cumplir lo ordenado será valorable para determinar si hubo o no desobediencia, pero se sitúa extramuros del *iter criminis*, más o menos a semejanza de lo que acaece en el allanamiento pasivo de morada". MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 914. "En cuanto a la modalidad de mantenimiento contra la voluntad del titular, al tratarse de un delito de omisión propia, parece que impide la apreciación de formas imperfectas de ejecución". BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* Op. cit., Pág., 26. En contra de esta postura BLANCO LOZANO, para quien las dos modalidades serían delitos de resultado y por lo tanto admisible la tentativa: "En ambas subtipologías entendemos que se trata de delitos de resultado, siendo por tanto apreciable la tentativa". BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª. Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 88. "En ambos casos opinamos que se trata de delitos de resultado. Ello parece claro en el caso de la ocupación. En cuanto a la modalidad de mantenimiento, si bien a primera vista parece apuntar su consideración hacia una conducta de mera actividad, el hecho de que se trate de una verificación fáctica de la propia ocupación frente a la oposición expresa del titular, lleva a concluir que debe concretarse, para su consumación, tal resultado de efectiva permanencia. Así pues, será en ambos casos a nuestro juicio apreciable la tentativa". BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Págs., 504-505; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* Op. cit., Pág., 240.

C) La tentativa de ocupación en la Jurisprudencia menor

La Jurisprudencia *menor* estima que el Juez o Tribunal no puede condenar por delito consumado de ocupación pacífica de bienes inmuebles, sin previo planteamiento de la tesis del artículo 733 de la LECrim, si las partes acusadoras únicamente han solicitado la condena por el delito en grado de tentativa; pues, ello supondría quebrantar el principio acusatorio, al no poder elevar el grado de participación del acusado respecto al calificado por la acusación (de igual modo que no pueden apreciarse circunstancias agravantes o subtipos agravados), siendo el hecho asumido en la calificación definitiva de la acusación, el que marca el límite entre lo prohibido y lo permitido en garantía del principio acusatorio¹²¹⁰.

Tampoco puede el Juez o Tribunal condenar por delito o falta que no haya sido objeto de acusación, ni por delito o falta más grave que el que ha sido objeto de acusación, ni por un delito distinto al que ha sido objeto de acusación aunque la pena, de una y otra infracción, sean iguales o, incluso, la correspondiente al delito innovado, sea inferior de la del delito objeto de la acusación, a menos que reine entre ellos una patente y acusada homogeneidad (no existiendo homogeneidad entre robo cobo con fuerza y usurpación)¹²¹¹.

¹²¹⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael (EDJ 2000/65587): “El hecho de que el Fiscal acuse en grado de tentativa y que el Juez condene por delito consumado, sin previo planteamiento de la tesis del art. 733 de la LECrim, supuesto que aquí concurre, quebranta el principio acusatorio, porque *no puede el Tribunal o Juez elevar el grado de participación del acusado respecto al calificado por la acusación, de igual modo que no pueden apreciarse circunstancias agravantes o subtipos agravados*; es el hecho asumido en la calificación definitiva de la acusación, el que marca el límite entre lo prohibido y lo permitido en garantía del principio acusatorio, en este sentido, la jurisprudencia, STC de 19-2-87 y STS de 5-2-94, ha manifestado que la congruencia de la sentencia con el escrito de conclusiones definitivas, requiere dos elementos uno objetivo, identidad del hecho y otro subjetivo, consistente en la participación del acusado en el mismo; por consecuencia, procede estimar este motivo de impugnación”.

¹²¹¹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 30-10-2009, nº 1034/2009, rec. 201/2009, Pte: Pijuan Canadell, José María (EDJ 2009/323214): “El recurso formulado por la representación procesal del acusado Luis Andrés se fundamenta en dos motivos, el primero de ellos referido al error en la valoración de la prueba alegando que las conclusiones a las que llega la Juez de lo Penal parten de un error de aplicar incorrectamente el tipo penal correspondiente ya que, en opinión de esta parte apelante, la intención del citado acusado no era la de entrar a robar en una casa deshabitada sino la de encontrar un sitio para pasar la noche. Entiendo por ello que se debió aplicar el tipo penal del artículo 245.2 del Código Penal, eso es, el delito de usurpación de bien inmueble. Debemos decir que el delito de usurpación de bien inmueble no fue objeto de acusación por el Ministerio Fiscal pues la acusación se formuló por el delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada en grado de tentativa, si bien la Juez de lo Penal no acogió el subtipo agravado de casa habitada del artículo 241.1 del Código Penal... La violación del

La Jurisprudencia *menor* considera cometido el delito de ocupación de inmuebles previsto en el art. 245.2 del Código Penal en grado de tentativa al darse principio a la ejecución del delito, iniciándose ésta por hechos externos, siempre que se tratan de eliminar las barreras físicas que impiden el acceso al inmueble (forzamiento de la puerta de la vivienda), que hubieran llevado, si dicha ejecución no se hubiera visto interrumpida por la presencia policial, a la consumación del delito. Citando como ejemplos de *forzamiento* la manipulación de la puerta aunque sea para colocarla nuevamente y permitir que cierre adecuadamente, pues, son actos externos de ejecución de la ocupación (y que sólo así tienen sentido, pues precisamente se pretende que la puerta cierre adecuadamente para conseguir la intimidad y seguridad que un domicilio requiere)¹²¹²; el forzamiento de la puerta de la vivienda con un destornillador, y con una

principio acusatorio se alega con el argumento de que Pío fue "acusado por el Ministerio Público en su escrito de conclusiones provisionales por los delito de robo con fuerza en casa habitada", añadiendo a continuación la parte apelante en su escrito del recurso que "Ya ha quedado acreditado que la vivienda estaba deshabitada y no ha quedado probado el robo con fuerza en grado de tentativa condenado". Nuevamente observamos una absoluta discordancia entre el motivo alegado, la vulneración del principio acusatorio, y el argumento expresado en apoyo del mismo que, también en este caso, hace referencia al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Sabemos que el *significado del principio acusatorio*, que preside y rige el período plenario del proceso penal español y tiene su manifestación en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, es que *todos los acusados tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos, que no pueden ser condenados por delitos o faltas que no hayan sido objeto de acusación, ni pueden serlo por un delito o falta más grave que el que ha sido objeto de acusación, que tampoco pueden ser condenados por un delito distinto al que ha sido objeto de acusación aunque la pena, de una y otra infracción, sean iguales o, incluso, la correspondiente al delito innovado, sea inferior de la del delito objeto de la acusación, a menos que reine entre ellos una patente y acusada homogeneidad*. Y es evidente que todas estas exigencias han sido debidamente cumplidas en el caso de autos". Audiencia Provincial de Álava, sec. 2ª, S 14-2-2012, nº 52/2012, rec. 9/2012, Pte: Poncela García, Jesús Alfonso (EDJ 2012/98553): "*No cabe de ningún modo estimar como homogéneos los delitos de robo con fuerza y usurpación*, puesto que distintos son los objetos sobre los que se cometen (muebles en un caso, inmuebles en el otro), diferente el dolo requerido (uno exige ánimo de lucro, el otro no) y diversa la mecánica comisiva (con fuerza, violencia o intimidación en un caso, sin necesidad de todo ello en el otro), aparte del verbo nuclear, la acción delictiva (apoderarse y ocupar). La homogeneidad es lo único que permitiría al juzgador condenar por un delito distinto del que eran acusados y aquí no existe. Nadie acusó a los recurrentes de usurpación, de modo que se defendieron de la imputación de un robo, no de otra cosa. Y como nadie les acusó de usurpación, resulta clara la infracción del principio acusatorio".

¹²¹² Vid., Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871): "Desde esta óptica, es evidente ya desde el comienzo de la instrucción, y así lo mantienen en el juicio, que la propia recurrente reconoce y admite que el piso en cuestión iba a ser ocupado por su hija, menor de edad y no enjuiciada en las presentes, tratando de justificar incluso que llevaba varios años cerrado y que no tenían el dinero que pedían por él, por lo que el dolo alcanza sin duda a esa ocupación que deviene típica por su carácter de indefinida en el tiempo y por pretender convertir en morada habitual el inmueble; que llegara a materializarse o no tal ocupación, o se prolongara en el tiempo, no afectará a la tipicidad sino el grado de perfección del delito y es precisamente por ello que la sentencia de instancia condena por tentativa, pues es claro que *la manipulación de la puerta aunque fuere para colocarla nuevamente y permitir que cerrara adecuadamente son actos externos de ejecución de aquel confesado propósito* (y que sólo así tienen sentido, pues precisamente se pretende que la puerta cierre adecuadamente para conseguir la intimidad y seguridad que un domicilio requiere). Ciertamente es que la sentencia incurre en cierta medida en una contradicción, al comenzar

tarjeta de crédito¹²¹³; cortar unos tornillos de seguridad que poseía la puerta de entrada a la vivienda y ser sorprendido con una radial en funcionamiento¹²¹⁴; encontrar restos de viruta bajo las dos cerraduras, y diversas herramientas como pata de cabra, llave inglesa, martillo, destornillador de estrella, serrucho, hoja de sierra y tenazas de electricista, unido a que el acusado fue hallado con evidentes signos de acabar de realizar esfuerzos importantes, y la admisión de su intención de querer quedarse en la vivienda¹²¹⁵; arrancamiento del marco de la puerta¹²¹⁶.

afirmando que forzaron la puerta para sostener después que no queda acreditado que causaran ellos los desperfectos, aceptando así que pudo haber sido forzada por terceras personas no identificadas y que los acusados la estaban recolocando precisamente para poder ocupar el piso la menor, pero sin perjuicio de hacer la oportuna corrección en los hechos probados, la cuestión deviene intrascendente pues el tipo analizado no exige ninguna suerte de fuerza para su consumación y es precisamente calificado habitualmente como "ocupación pacífica", sin que ese dato haga tampoco desaparecer la antijuridicidad o tipicidad por ausencia de negativa del propietario en la medida en que los propios acusados admitieron conocer que la propietaria era una señora que no residía allí, que tenía el piso en venta supuestamente y que en todo caso lo mantenía cerrado, habiendo sido forzada la puerta por terceros ajenos a ella sin su consentimiento... Y en trance ya de determinar la pena que a ambos corresponda, ha de rebajarse en un grado la señalada al tipo penal en atención al grado de consumación (tentativa, artículo 62 del Código Penal) y en otro grado en razón de la participación (complicidad, artículo 63 del mismo Código)".

¹²¹³ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 7-10-2013, nº 712/2013, rec. 376/2013, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2013/276264): "En el presente caso, se practicó en el juicio una prueba de cargo con todas las garantías y suficiente a los efectos del derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes, cuya valoración en la sentencia de instancia es correcta, y no deja lugar a dudas sobre la comisión por parte de aquellos del delito de usurpación en grado de tentativa. La propia recurrente, única persona acusada que compareció en el juicio, reconoció que el acusado, al que ella acompañaba, *estaba intentando forzar con un destornillador, y cree que también con una tarjeta de crédito, la puerta de la vivienda, a la que ambos pretendían acceder, cuando fueron sorprendidos por la fuerza policial*. Lo anterior, unido a la declaración testifical de los agentes, *deja clara constancia del comienzo de los actos ejecutivos que configuran el delito de usurpación en grado de tentativa, por el que la sentencia impugnada condena a los acusados*".

¹²¹⁴ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826): "En consecuencia los hechos son constitutivos de un delito de usurpación del art. 245.2 CP en grado de tentativa (art. 16.1 CP), de los que son autores los acusados (art. 28 CP), razón por la cual, conforme al art. 62 CP, se rebaja en un grado la pena señalada para el delito consumado, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución. *El acusado Pablo Jesús, al llegar la policía, ya había cortado unos tornillos de seguridad que poseía la puerta de entrada a la vivienda y fue sorprendido con una radial en funcionamiento, por lo que la ocupación de la vivienda era inminente*".

¹²¹⁵ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 19-11-2013, nº 1046/2013, rec. 289/2013, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2013/304917): "Analizados los argumentos de la recurrente desde la perspectiva expuesta, la impugnación se ve abocada al fracaso. Los agentes de la Guardia Urbana acudieron a la vivienda tras recibir un aviso de que se estaba produciendo un robo. Antes de entrar vieron a la esposa de don Conrado, que dijo estar esperándole. Al llegar al portal vieron que del mismo salía el acusado, notablemente acalorado y sudando, quien les dijo que venía de visitar a unos parientes. Sin embargo, acto seguido los agentes comprobaron que la puerta de la vivienda... estaba abierta por haber sido forzada, *habiendo restos de viruta bajo las dos cerraduras, pasando al interior, donde hallaron diversas herramientas, en concreto una pata de cabra, una llave inglesa, un martillo, un destornillador de estrella, un serrucho, una hoja de sierra y unas tenazas de electricista*. Aparte de esto, en el acto del juicio el acusado ha admitido que pretendía quedarse a vivir en el piso con su familia, aunque niega haber producido los daños, alegando que la puerta ya estaba abierta. No obstante estas alegaciones exculpatorias, *la inmediatez de la aparición policial tras la denuncia del supuesto robo en ejecución, el*

Otras resoluciones judiciales consideran que sigue existiendo tentativa, pese a existir un mayor grado de ejecución, no sólo cuando existe la eliminación de los obstáculos físicos que impiden el acceso al inmueble, sino cuando se llega a entrar en él por un corto lapso de tiempo sin lograr la ocupación efectiva al verse interrumpida la ejecución por la presencia policial. Citando como ejemplos: que fueron sorprendidos por la fuerza pública cuando acababan de acceder al interior de la vivienda;¹²¹⁷ fue la

hecho de que el acusado fue hallado a continuación con evidentes signos de acabar de realizar esfuerzos importantes, los signos de que los daños acababan de producirse y la admisión por parte del acusado de su intención de quedarse en la vivienda, permiten inferir sin duda razonable que fue don Conrado quien forzó la puerta y dejó en su interior las herramientas que se ocuparon, conclusión que se ve reforzada por el dato de que no había nadie más presente y que la vivienda estaba vacía, sin ropa u otros vestigios de que otras personas (los rumanos a los que hizo referencia el acusado) hubieran podido abrirla para usarla o para otra finalidad. Estos datos concuerdan, por lo demás, con las manifestaciones de un vecino anónimo, que manifestó a los agentes que había visto al acusado forzar la puerta, manifestaciones que por sus circunstancias no pueden utilizarse como prueba, pero sí como elemento periférico de corroboración. Existe, pues, prueba de cargo bastante para fundar el relato de hechos probados a los efectos de los arts. 24 de la Constitución Española y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que no hay objeción que oponer a las conclusiones de la Sra. Juez de lo Penal, que reputa los hechos constitutivos de un delito de usurpación en grado de tentativa de los arts. 245.2, en relación con el art. 16 del Código Penal”.

¹²¹⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, S 29-6-2015, nº 537/2015, rec. 192/2015, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2015/143995): “La parte dispositiva de la sentencia establece: “Que debo condenar y condeno a la acusada... como autora penalmente responsable de un delito de usurpación del art. 245.2, en grado de tentativa...” Una vez visualizada la grabación del juicio, debemos rechazar la alegación sobre error en la valoración de la prueba. La acusada no compareció a la vista, por lo que la prueba giró sobre la declaración testifical de tres agentes de la autoridad, los cuales no intervienen en el mismo momento. *Todos ellos relatan que fueron comisionados a la vivienda de autos porque se estaba produciendo un robo y dos de ellos, que formaron parte del dispositivo que primero llegó al lugar, oyeron desde las plantas bajas ruidos de golpes, y al subir encontraron a la acusada intentando forzar la puerta de la vivienda, que tenía ya fracturado el marco.* El segundo agente declara que vio a la acusada empleando una palanqueta. El tercero dice que tenía un objeto con el que estaba forzando la puerta, sin recordar si era un destornillador u otro. El atestado sí refleja que se estaba forzando la puerta, aunque sin describir ningún objeto, lo que está implícito en una acción de esta naturaleza: “Que una vez en el portal de la comunidad los actuantes pueden escuchar fuertes golpes que provienen de la planta 5ª del edificio. Que una vez en la 5ª planta los actuantes pueden observar cómo una mujer se encuentra en el rellano forzando la puerta con la letra A (...) Que los actuantes pueden observar como el marco de la puerta se encuentra arrancado así como la puerta del domicilio medio abierta”. Las declaraciones testificales vertidas en el plenario son plenamente coincidentes con el atestado, sin más laguna que la no intervención del objeto empleado por la acusada, que los agentes explican porque intervinieron varias dotaciones y pudo quedar dentro de la vivienda, ya que se había conseguido abrir la puerta cuando llegaron al lugar. Como dice la sentencia, no hay lugar a dudas sobre lo ocurrido. La inmediatez con que acudieron los agentes, los ruidos oídos por éstos desde el portal, y la presencia de la acusada con un objeto en la mano intentando forzar la puerta los daños evidenciados en ésta indican que fue la persona que pretendía acceder al inmueble empleando fuerza en las cosas, y desacreditan su versión de descargo (no mantenida en el juicio oral) acerca de que cuando llegó la puerta estaba abierta y solo tuvo que empujarla para abrir. Por consiguiente, no hubo error alguno de valoración, pues la prueba fue analizada racionalmente y la conclusión alcanzada es la única posible con arreglo a las reglas de la lógica y máximas de experiencia”.

¹²¹⁷ *Vid.*, Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 7-9-2004, nº 96/2004, rec. 234/2004, Pte: Bustillo Juncal, Abel Manuel (EDJ 2004/116733): “Hechos Probados: “Que el encausado, con el fin de auxiliar a un pariente menor de edad para que pudiera encontrar morada para su esposa e hija, accedió en compañía de aquel y de otro primo suyo también menor de edad a una vivienda propiedad del Ayuntamiento sita en... de esta localidad que se encontraba deshabitada *proporcionando a uno de ellos un destornillador*

inmediata actuación policial la que puso fin a la presencia del intruso en el interior del inmueble mientras éste aun buscaba una dependencia adecuada en la que acomodarse¹²¹⁸; entrar para permanecer en la casa y adecantarla para hacerla habitable, lo que no se consiguió, pues fueron sorprendidos por la policía¹²¹⁹; no llegar a consumarse la infracción penal por causas ajenas a su voluntad, cual fue la irrupción de los agentes de la autoridad¹²²⁰; la policía le sorprendió trepando por el tubo del gas de la

con el fin de que forzara la cerradura de la puerta, siendo sorprendidos por la fuerza pública cuando acababan de acceder a su interior". Fallo: "Que debo condenar y condeno a Jaime, como autor responsable de un delito de usurpación en grado de tentativa previsto y penado en el art. 245.2 del C.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de treinta días de multa con una cuota diaria de 3 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas de multa impagadas. Se imponen las costas al condenado".

¹²¹⁸ *Vid.*, Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 29-6-2006, nº 157/2006, rec. 200/2006, Pte: Moreno Gómez, Felipe Luis (EDJ 2006/388990): "Es cierto... que el delito de usurpación consistente en la ocupación de un inmueble de ajena pertenencia, amén del conocimiento de dicha ajenidad, requiere que la acción de ocupar esté presidida por un ánimo de lucro en quien la ejecuta, pero *lo que no cabe es exigir la permanencia de dicha ocupación cuando, tal y como aquí acontece, fue la inmediata actuación policial la que puso fin a la presencia del intruso en el interior del inmueble mientras éste aun buscaba una dependencia adecuada en la que acomodarse* (por ello precisamente la sentencia apelada haciéndose eco del nivel de ejecución alcanzado formula un concreto reproche a título de tentativa), ni tampoco confundir el ánimo de lucro con una mero beneficio económico o de carácter patrimonial, pues pacífico es que dicho requisito se colma en cualquier ventaja, provecho o utilidad que se propusiera obtener el acusado con su antijurídica conducta, esto es con la satisfacción de un puntual interés, y no cabe duda de que, sea cual fuese, ese interés anidaba en el ánimo del sujeto cuando ejecutó los hechos que la sentencia considera probados merced a una adecuada valoración de la prueba practicada".

¹²¹⁹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 28-9-2010, nº 1045/2010, rec. 217/2010, Pte: Brobia Varona, Rosa (EDJ 2010/282140): "Es patente por las declaraciones de los propios acusados, que pretendían quedarse a vivir allí. Incluso llevaron a unas amigas para que les ayudasen a limpiar la casa. El tiempo que fuesen a permanecer allí, unos días, meses o años, es indiferente para la realización del tipo, puesto que la permanencia de la que habla el Código Penal es la intención de quedarse, es decir, no estar circunstancialmente en el lugar, *sino entrar para permanecer en el mismo, y prueba de que eso iba a ser así, son sus propias declaraciones y su intención de adecantar la casa para hacerla habitable, lo que no se consiguió, pues fueron sorprendidos por la policía al haber sido avisados de que había unas personas extrañas en la casa, lo que configura que se les haya condenado por un delito intentado y no consumado*".

¹²²⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 5-11-2013, nº 1022/2013, rec. 195/2013, Pte: Iglesias Martín, José Carlos (EDJ 2013/286420): "Se alza la parte apelante contra la sentencia de instancia invocando en apoyo de su recurso la existencia de error en la valoración de la prueba ya que la misma no autorizaba a atribuir a los acusados D. Ismael, D. Manuel y D. Pablo la autoría del delito de usurpación de inmueble en grado de tentativa, previsto y penado en el art 245.2, 16.1 y 62 del C. Penal, fundamentando su planteamiento en que la conducta desplegada por ellos era atípica ya que el tipo penal exige una vocación de permanencia, quedando extramuros del derecho penal la usurpación ocasional o episódica en consonancia con el principio de última ratio y proporcionalidad del derecho penal, postulando a la luz de todo ello la revocación del citado pronunciamiento y su sustitución por otro de signo absolutorio... Visto el resultado de la prueba, ninguna base habrá para rectificar en la alzada las conclusiones fácticas a las que se llegó el Juzgador, siendo claro que en la actuación de los acusados concurrieron los elementos configuradores del delito de usurpación de inmueble del art 245.2 del CP ya que expresamente indicaron que querían ocuparlo, lo cual sobrepasa la mera ocupación temporal o meramente transitoria sin vocación de permanencia que sería insuficiente para atentar contra el bien jurídico protegido, integrado por el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles y concretamente los derechos de disfrute y tenencia inherentes a la propiedad y a la posesión, *no llegándose a consumir*".

fachada y que su hermano fue sorprendido cuando ya se encontraba en la terraza de la tercera planta;¹²²¹ se fuerza la puerta de entrada a la vivienda, el acusado entra en la vivienda con el concreto ánimo de habitarla, y no se llega a la ocupación efectiva de la misma (entendiéndose dicha ocupación como habitar con una cierta permanencia en la vivienda), por causa independiente y ajena a la estricta voluntad del acusado, como es la intervención policial¹²²²; en un corto lapso de tiempo, muy corto, dicho acceso y

tal infracción penal por causas ajenas a su voluntad, cual fue la irrupción de los agentes de la autoridad”.

¹²²¹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 25-5-2015, nº 265/2015, rec. 543/2015, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín (EDJ 2015/105823): “Se interpone recurso de apelación contra la sentencia que impone al menor la medida de sesenta horas de prestaciones en beneficio de la comunidad (con la subsidiaria medida de cuatro permanencias de fin de semana en centro en caso de no consentir o incumplir la medida principal), por la comisión de un delito de usurpación de inmueble en grado de tentativa de los artículos 16 y 245.2 del Código Penal. Se alega en el recurso, en esencia, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por entender el recurrente que no se practicó en la audiencia prueba de cargo suficiente para fundamentar la condena, y la indebida aplicación del artículo 245.2 citado, por entender que no es constitutiva de delito la conducta desplegada por el menor. Pero el recurso no puede ser estimado, pues debe señalarse, en primer lugar, que sí se practicó en la audiencia prueba de cargo suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia del menor. En efecto, el policía nacional número... manifestó que estaba patrullando con su compañero cuando recibieron una llamada de la Sala del 091 en la que les comunicaron que una persona estaba viendo cómo *unos jóvenes estaban trepando por los tubos de gas de una fachada, por lo que los agentes, que se encontraban muy cerca de la dirección indicada, se dirigieron al lugar y, cuando llegaron, vieron al menor subiendo por los tubos del gas a la altura del piso primero, por lo que detuvieron el vehículo policial y le dijeron que bajase, lo que hizo aquél*. Manifiesta también el agente que, a continuación, procedieron a inspeccionar la zona, dado que en la llamada se decía que se trataba de más de un individuo, y desde el descansillo de las escaleras del edificio, a la altura del último piso, pudieron ver que *en la terraza del tercer piso había un joven tumbado, tratando de esconderse de los agentes. Añade que abrieron la ventana del descansillo y comenzaron a hablar con él y que les dijo que, en efecto, había subido hasta dicho lugar por el tubo del gas*. A continuación, llamaron a los bomberos para que ayudaran a bajar de la terraza a dicho individuo, lo que así hicieron. Por otra parte, el agente también manifestó que los vecinos del inmueble les dijeron que ese tercer piso estaba vacío y que no vivía nadie en él, aunque luego pudo comprobarse que no era así, sino que sí tenía un inquilino, aunque pasaba mucho tiempo sin ocupar la vivienda, al tener que realizar viajes por motivos de trabajo. Es decir, que los vecinos tenían la convicción de que esa vivienda no estaba ocupada por nadie. Finalmente, afirma también el indicado agente que preguntaron al menor la razón por la que estaba trepando por el tubo del gas, respondiendo este, al principio, con incongruencias, como que estaba dando una vuelta, pero que, posteriormente, cuando ya se descubrió al individuo de la terraza, el menor les dijo que estaban allí porque querían ocupar la vivienda del tercer piso para residir en ella. Por su parte, el policía nacional número... manifestó que el individuo que estaba en la terraza, que era mayor de edad y que resultó ser hermano del menor, tenía miedo a bajar solo de la terraza y que, por ello, el citado agente le ayudó a bajar por medio de la plataforma que trajeron los bomberos, añadiendo que dicho individuo le dijo que su intención era ocupar la vivienda. Finalmente, el propio menor reconoció, en el acto de la audiencia, que *la policía le sorprendió trepando por el tubo del gas de la fachada y que su hermano fue sorprendido cuando ya se encontraba en la terraza de la tercera planta; y reconoce también el menor que con esa conducta lo que pretendían era ocupar la vivienda, ya que pensaban que era de un Banco*, explicando que su hermano residía en una vivienda que también tenía ocupada y que estaba situada justo en el edificio de enfrente y que iba a ser desahuciado de esa vivienda en unos días, añadiendo que un amigo le había dicho a su hermano que esa vivienda era de un Banco”.

¹²²² Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2006, nº 465/2006, rec. 266/2006, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2006/399542): “Este Tribunal de apelación considera que los hechos que se describen en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida son constitutivos del delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2 del Código Penal, si bien dicho delito aparece ejecutado en el

presencia en la misma quedó sin efecto ante la presencia policial¹²²³; llegan a entrar cambiando la cerradura y en el interior son sorprendidos por la policía¹²²⁴; forzaron la

grado de tentativa del art. 16.1 del Código Penal. Ello es así por cuanto en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida se describe con contundencia que *el acusado llegó a penetrar en la vivienda que le era ajena; que entró contra la voluntad del titular de la posesión de la vivienda, pues para entrar el acusado forzó la puerta de entrada a la vivienda; que el acusado entró en la vivienda con el concreto ánimo de habitarla; y que no llegó a la ocupación efectiva de la misma, entendiéndose dicha ocupación como habitar con una cierta permanencia en la vivienda*, entendimiento que resulta de una interpretación gramatical del término "ocupare" que implica habitar la casa (acepción 4 del término ocupar en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua), *por causa independiente y ajena a la estricta voluntad del acusado, pues la huida de éste de la vivienda a la que acababa de entrar se debió a la intervención policial*. Es decir; el acusado dio principio a la ejecución del delito de usurpación de inmuebles previsto en el art. 245.2 del Código Penal, iniciando dicha ejecución por hechos externos, como fue el forzamiento de la puerta de la vivienda y la entrada en la misma, que hubieran llevado, si dicha ejecución no se hubiera visto interrumpida por la presencia policial, a la consumación del delito mediante la ocupación o habitación de la vivienda por el acusado; con lo que el acusado cometió el indicado delito en grado de tentativa”.

¹²²³ Vid., Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 73/2014, rec. 38/2014, Pte: García Pérez, Juan Jacinto (EDJ 2014/141246): “Ahora bien, el motivo del recurso que se formula como subsidiario y tendente a que se aprecie que el delito objeto de condena en la resolución de instancia como ejecutado en grado de tentativa del art 16.1 del CP, ha de venir estimado. Partimos de que *estamos ante un supuesto de penetración y acceso a una vivienda, tras forzar su puerta de entrada, y del hecho indubitado de que en un corto lapso de tiempo, muy corto, dicho acceso y presencia en la misma quedó sin efecto ante la presencia policial, de modo que siendo congruentes ha de concluirse, con arreglo a ambas circunstancias indubitadas, que dicha conducta de acceso y presencia no autorizada no es atípica, pero que ha de apreciarse en grado de tentativa*, ya que no llegó a producirse el resultado finalísticamente perseguido por la autora de tal conducta penalmente típica. No llegó a producirse dicho resultado, pues, pese a resultar inconcluso que la acusada Marina llegó a penetrar en la vivienda que le era ajena, que entró en contra de la voluntad de la titular de la posesión de la misma, que lo hizo acompañada de otras personas forzando la puerta de entrada, que lo hizo con el concreto ánimo de habitarla, etc., a la postre, no llegó a la ocupación efectiva del inmueble, por causa independiente y ajena a su estricta voluntad, cual la intervención policial muy poco después de su entrada y que dio lugar a su desalojo... entendiéndose dicha ocupación como habitar con una cierta permanencia en la vivienda, entendimiento que resulta, como se propone en el escrito de recurso, de una interpretación gramatical del término. En definitiva, la acusada dio principio a la ejecución del delito que nos entretiene, iniciando dicha ejecución por hechos externos, como fue el forzamiento de la puerta de acceso y la entrada a su interior, que hubieran llevado a su ejecución completa si no se hubiera visto interrumpida por la llamada y aviso del vecino a la policía y subsiguiente presencia inmediata de los funcionarios policiales; interrupción de la consumación, es decir, de una real ocupación o habitación de la vivienda por parte de la acusada... (para un caso similar vid. SAP de Madrid, sección 6ª, de 24-11- 2006). Las alegaciones de la defensa en este apartado han de ser acogidas y estimadas, con rechazo del alegato que señala el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, ya que sí que tiene una trascendencia decisiva el escaso tiempo efectivo que permaneció en la vivienda la acusada, precisamente en razón de la rápida intervención policial a que en dicho escrito se alude. *Hubo entrada pero escasísima permanencia en la vivienda tendente a ocuparla de manera efectiva, por lo que la ocupación no llegó a consumarse, quedando abortada y frustrada*. Al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para la Sala, atendiendo al tenor del art. 62 del Código punitivo, se considera que debe rebajarse en un grado la pena a imponer a la acusada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, y con prudencia y medida individualiza la pena a imponerle en la pecuniaria de multa en la extensión de dos meses y con igual cuota diaria que la señalada en la sentencia de instancia, de tres euros”.

¹²²⁴ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 7-7-2015, nº 545/2015, rec. 936/2015, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2015/139944): “Siendo su fallo del tenor literal siguiente: "Que debo condenar y condeno a Jenaro y a Gema (ya circunstanciados) como autores criminalmente responsables del delito de usurpación en grado de tentativa del art. 245.2, 16 y 62 del Código Penal... El recurso no puede prosperar. El delito de usurpación del Art. 245.2º del Código Penal, consistente en ocupar, sin la

cerradura, causando desperfectos siendo sorprendidos en su interior por agentes del C.N.P.¹²²⁵

La Jurisprudencia *menor* considera que es consumación y no tentativa cuando los ocupantes colocan un candado para excluir a terceras personas, y la ocupación se limita a unas horas puesto que durante ese espacio temporal el delito quedó consumado¹²²⁶; también cuando se estima que nos encontramos ante un delito de mera actividad y la intención de permanencia pertenece a la fase de agotamiento del delito¹²²⁷.

debida autorización, una vivienda ajena o mantenerse en ella contra la voluntad de su titular, y en el caso de autos ha quedado plenamente acreditado que *los dos acusados, sobre las 12'15 horas del día 24/10/11, con la intención de entrar en una vivienda para usarla como habitación, vivienda sobre la que ningún derecho tenían, y sin contar con la autorización de su dueño, procedieron a quitar la cerradura de la casa sita en... de Madrid y colocar otra en su lugar, y cuando ya estaban en el interior fueron sorprendidos por agentes de la Policía Nacional que había sido avisados por una vecina*. A lo expuesto debe añadirse que los acusados carecían de título jurídico alguno que les permitiera entrar en la vivienda, por lo que sabían que no tenían derecho a entrar e instalarse en una propiedad ajena. Y esta entrada se realizó sin la autorización del dueño, que no es otro que Bankia. Es cierto que se ha producido cierta confusión entre las viviendas nº 002 y 007, aunque en realidad no es tal, ya que Bankia es dueña de las dos viviendas, y en las dos se produjo un intento de ocupación en fechas diferentes. La vivienda del caso de autos es la nº 002, y es propiedad de Bankia, como se deduce de lo expuesto por esta entidad bancaria, y por lo manifestado por los testigos Débora y Diego, vecino de la casa, y que manifestaron en el juicio que la casa nº 002 era de Bankia. Y consta la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, como se deduce del hecho de impedir el acceso a la vivienda al tener la puerta su correspondiente cerradura, y como se deduce del hecho de que una vez informado del intento de ocupación, la propiedad se personó en la causa como acusación particular y ha ejercido las acciones penal y civil contra los acusados, mostrando claramente contrario a la ocupación de su propiedad. Deduciéndose de todo lo expuesto la procedencia de desestimar el recurso de apelación interpuesto, y confirmar la sentencia recurrida en su integridad, declarando de oficio las costas de esta alzada, al no haber méritos para su imposición a la parte apelante”.

¹²²⁵ *Vid.*, Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 16-12-2014, nº 865/2014, rec. 383/2014, Pte: Rubido de la Torre, José Luis (EDJ 2014/281606): “La sentencia recurrida, declara probados los hechos siguientes: “Se declara probado que los acusados... puestos previamente de acuerdo y con la intención de usar y ocupar un inmueble de ajena pertenencia, sin autorización de su titular sobre las 18,00 horas del día 2 de junio del año 2.011 se dirigieron, en compañía de unos menores a la vivienda sita en... de Valencia propiedad de Banesto, que se encontraba vacía y desocupada y, con los instrumentos y herramientas que portaban, *forzaron la cerradura, causando desperfectos que han sido valorados en 160 euros siendo sorprendidos en su interior por agentes del C.N.P.*”... En este supuesto concreto la Sala considera que la sentencia del Juez de lo Penal está correctamente fundada y razonada en cuanto a la prueba y calificación jurídica del delito de usurpación del artículo 245.2º del Código Penal con la única salvedad de estimar que concurre la tentativa en el hecho cometido dado el escaso tiempo de menos de un día en ocupar el inmueble ajeno, lo que conlleva la rebaja en un grado de la pena a imponer que de acuerdo con el artículo 16 y 62 y 66 Código Penal se fija en 2 meses multa atendiendo al grado de ejecución llevado a cabo”.

¹²²⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 17-9-2008, nº 800/2008, rec. 269/2008, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa (EDJ 2008/258246): “Las manifestaciones de estos testigos han sido valoradas por el Magistrado de la instancia otorgándoles plena credibilidad frente a lo manifestado por los acusados que refirieron que habían accedido el día anterior a la vivienda por la noche cuando estaba lloviendo haciéndolo sin emplear la fuerza. Es cierto que no fueron vistos por los testigos rompiendo los candados pero eran las únicas personas que había en el interior y su testimonio carece de verosimilitud ya que no es razonable que quien entra a guarecerse de la lluvia en un portal permanezca allí hasta la mañana del día siguiente y, además, haya instalado un candado en la puerta para impedir el acceso a terceros. *El resto de las alegaciones que formulan estos recurrentes tampoco pueden prosperar ya que se refieren a la*

Otras resoluciones judiciales de las diversas Audiencias Provinciales, pese a haberse dictado en primera instancia sentencia condenatoria por delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles en grado de tentativa, absuelven posteriormente por no estar suficientemente probada la intención de permanencia; por no inferirse de manera unívoca a través de indicios la voluntad de permanencia¹²²⁸; por no haber llegado a entrar en la vivienda, lo que excluye cualquier nota de ánimo perturbatorio o de permanencia en la posesión que más parece iba a ser transitoria¹²²⁹; por faltar el

ausencia de vocación de permanencia en el interior de la finca por parte de los recurrentes lo que resulta incompatible con la colocación de un candado en la puerta de acceso a la misma o a entender que el delito ha sido cometido en grado de tentativa por el hecho de que la ocupación se limitara a unas horas puesto que durante ese espacio temporal el delito quedó consumado”.

¹²²⁷ Vid., Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “Por último cuestiona el recurrente, que la ocupación no se consumó y debe absolverse. Sin embargo, al no existir un resultado de utilidad o daño y al no mediar violencia o intimidación en la conducta del autor de los hechos nos encontramos ante un delito de mera actividad que se consuma con la ocupación no es esporádica sino permanente o la permanencia en el edificio en contra de la voluntad del dueño. Algún autor opina que la secuencia temporal que supone la realización de los hechos admite un principio de ejecución. No es de esta opinión la Audiencia Provincial que condenan sólo por el art. 245.2 y no en relación con la tentativa acabada del art. 16 del Código penal: “...tras forzar la puerta de acceso a la vivienda con un hierro, tomó posesión de la misma (vivienda), viéndose frustradas sus expectativas de residir en el lugar por la presencia policial” (SAP Barcelona 13.2.2002). Las razones que llevan al Tribunal a estimar la consumación del delito se basan en una aplicación amplia y no restrictiva del precepto: “la permanencia en el disfrute de la vivienda no es un requisito exigido por el tipo penal, el cual sólo exige la ocupación sin autorización debida... la intención de permanencia pertenece a la fase de agotamiento del delito”. Interpretar la ocupación en términos de permanencia (objetiva), como viene haciéndolo la mayoría de la jurisprudencia no contradice el principio de legalidad, aunque hagamos una crítica inicial a la penalización del tipo. Se desestima el recurso interpuesto, lo cual no impide que hagamos mención de la brillante dirección letrada en algunos aspectos referidos al delito que nos ocupa, por el que sin embargo condenamos por exigencias de legalidad y tipificación penal”.

¹²²⁸ Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 20-12-2012, nº 1054/2012, rec. 301/2012, Pte: Ingelmo Fernández, Ana (EDJ 2012/358137): “La sentencia impugnada tiene por probada esa intención de permanencia por medio de la prueba indiciaria. Ésta puede constituir prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar el fallo condenatorio. Pero es necesario que concurren varios indicios totalmente probados y que de ellos se infiera de manera unívoca aquello que queremos probar. Pues bien, de los indicios que recoge la sentencia, que no son más que los hechos probados, *no se infiere de una manera unívoca que lo que pretendían los acusados era ocupar la vivienda con ánimo de permanencia*. De esos datos la inferencia es demasiado abierta y por ello no se puede optar por ninguna de las posibles inferencias, que se derivan de los indicios probados. No se puede tener por probado que los acusados ocupaban la vivienda con intención de permanencia en la misma, lo cual configura un elemento del tipo penal, que debe quedar debidamente probado”.

¹²²⁹ Vid., Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 25-4-2013, nº 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2013/294826): “En el caso que enjuiciamos, no se llegó siquiera a la ocupación del inmueble por los acusados, por lo que *la acción no está acompañada de esa nota de continuidad, de deseo de permanencia en contravención del derecho de posesión del titular de la cosa*, que debe encontrarse en función de lo dicho hasta aquí para que pueda entenderse rellena la previsión del tipo penal, más aún cuando en este caso ni está mostrada la voluntad contraria del mismo, toda vez que *no llegan a entrar en las viviendas, lo que excluye cualquier nota de ánimo perturbatorio o de permanencia en la posesión que más parece iba a ser transitoria, por causas de necesidad*. Parece que una

elemento subjetivo del injusto que es la ocupación de la vivienda con ánimo de permanecer en la misma de manera permanente¹²³⁰.

No afecta a la tipicidad sino al grado de perfección del delito (tentativa) que llegue a materializarse o no la ocupación, o que se prolongue en el tiempo¹²³¹.

1.2.3.- CONSUMACIÓN

La consumación se produce en palabras de RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ “cuando se ha realizado íntegramente la conducta tipificada por la ley”¹²³².

intervención penal, en este caso, sería contraria a la exigencia de proporcionalidad que se deriva del principio de justicia recogido constitucionalmente en el art. 1.1 CE. Por todo ello, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y la revocación de la sentencia recurrida, absolviendo libremente a los recurrentes del delito por el que fueron condenados en la primera instancia”.

¹²³⁰ Vid., Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2013/159701): “Descendiendo al caso que nos ocupa y tomando como base la declaración prestada por el acusado en fase de instrucción y sobre la cual la Juez “a quo” fundamenta su resolución condenatoria, vemos que *el ahora apelante no entró en la vivienda ajena para habitar en ella ni un solo momento sino para ver si podía habitarla una tercera persona que ni si quiera ha sido imputada. Falta pues el elemento subjetivo del injusto que es la ocupación de la vivienda con ánimo de permanecer en la misma de manera permanente*. La conducta del acusado pudiera haber tenido encuadre en otros tipos penales pero, al no formularse otra acusación que la prevista en el artículo 245 del Código Penal, esta Sala, en virtud el principio acusatorio, no puede entrar en ello... Por todo lo cual, y entendiendo que ha habido en el presente supuesto una manifiesta infracción de ley por aplicación indebida del artículo 245.2 del Código penal, procede la estimación íntegra del recurso interpuesto por la representación procesal de Severiano y la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Número Cuatro de esta Ciudad en el sentido de que procede la libre absolución de Severiano del delito de ocupación ilegal tipificado en el artículo 245.2 del Código Penal por el que había sido condenado con declaración de las costas de la primera instancia y de esta segunda de oficio”.

¹²³¹ Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871): “Desde esta óptica, es evidente ya desde el comienzo de la instrucción, y así lo mantienen en el juicio, que la propia recurrente reconoce y admite que el piso en cuestión iba a ser ocupado por su hija, menor de edad y no enjuiciada en las presentes, tratando de justificar incluso que llevaba varios años cerrado y que no tenían el dinero que pedían por él, por lo que el dolo alcanza sin duda a esa ocupación que deviene típica por su carácter de indefinida en el tiempo y por pretender convertir en morada habitual el inmueble; *que llegara a materializarse o no tal ocupación, o se prolongara en el tiempo, no afectará a la tipicidad sino el grado de perfección del delito y es precisamente por ello que la sentencia de instancia condena por tentativa*, pues es claro que la manipulación de la puerta aunque fuere para colocarla nuevamente y permitir que cerrara adecuadamente son actos externos de ejecución de aquel confesado propósito (y que sólo así tienen sentido, pues precisamente se pretende que la puerta cierre adecuadamente para conseguir la intimidad y seguridad que un domicilio requiere)”.

¹²³² RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 782.

Por su parte, MOLINA FERNÁNDEZ dice “en sentido *formal*, la consumación se produce cuando están presentes todos los elementos de un tipo delictivo”. Al haber sido examinados en capítulos precedentes con detalle y amplitud los diversos elementos de la ocupación pacífica de bienes inmuebles nos remitimos a lo anteriormente expuesto a fin de evitar ociosas e innecesarias repeticiones¹²³³.

¹²³³ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 291. “Son determinantes las características legales. La producción del resultado, si es un delito material; la realización de la actividad corporal, si de simple actividad; el incumplimiento del deber de actuar, si es de omisión propia. Si es precisa una condición objetiva de penalidad, el delito no se consuma hasta que la condición se verifica. El concepto de la consumación es de índole formal”. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 782. “La consumación acaece cuando se realiza la totalidad de los elementos del tipo de injusto de que se trate, esto es, no sólo la actividad o actividades descritas por él, sino también, y plenamente, el resultado típico, produciéndose, de modo completo, el desvalor global de la figura delictiva”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 732; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 192. “La tentativa acabada deja paso a la consumación en cuanto se realizan todos los elementos del tipo positivo del delito previsto en la Parte Especial... La consumación es, pues, un concepto formal: equivale a la realización formal de un tipo”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* *Op. cit.*, Pág., 361. “Junto a la tentativa se sanciona, además, un segundo acto ejecutivo: la consumación delictiva. La consumación conforma el acto ejecutivo perfecto o acabado. El tipo penal queda realizado en su totalidad cuando se consuma su ejecución, esto es, cuando el sujeto no sólo infringe la norma, realiza todos los actos que producen el resultado, sino que éste además tiene lugar. La consumación habrá de verificarse, pues, en cada caso concreto... El acto ejecutivo de la consumación requiere, pues, la realización típica de todos los elementos del tipo con la producción acabada de su resultado típico (ya sea de lesión o de peligro), más el resultado material, si se exige en el tipo”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* *Op. cit.*, Pág., 222. “En consecuencia, estamos ante un delito de tracto sucesivo que se consuma en el mismo momento que se produce y cuyos efectos perduran a lo largo del tiempo”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist...* *Op. cit.*, Pág., 2. “Respecto al grado de ejecución, procede insistir en la no exigencia de un resultado de utilidad o daño. Lo decisivo para la consumación es la ocupación misma o la paralela permanencia contra la voluntad del titular”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)...* *Op. cit.*, Págs., 478-479. Adviértase que este autor exige para la consumación una permanencia, extremo éste que ya expusimos que no era necesario, sin perjuicio del carácter permanente del delito. “La modalidad usurpatoria ahora examinada se da por consumada tanto cuando se ocupa inicialmente la vivienda o el edificio sin el consentimiento del titular, como cuando se haya contado con éste para entrar, pero se permanezca en su interior una vez que la voluntad contraria del mismo haya quedado clara... Con ello se está poniendo de manifiesto que se trata de un delito de carácter permanente, porque la afeción del bien jurídico patrimonio ajeno se prolonga en el tiempo desde acto inicial de la ocupación, hasta que se produzca el desalojo, en el que pueden ser sujetos activos tanto quienes lleven a cabo el acto inicial de ocupación del inmueble o vivienda, como quienes sin haber participado en él ocupan *a posteriori*”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Págs., 347-348. “El delito se consuma con la ocupación del inmueble, la vivienda o el edificio. En todo caso cuando requerido el sujeto por el titular para que lo abandone se niega a ello”. SERRANO GÓMEZ, A., Y SERRANO MAÍLLO A.: *Derecho Penal. Parte Especial...* *Op. cit.*, Pág., 410. “El delito se consuma con la ocupación o la negativa a abandonar el inmueble, la vivienda o el edificio cuando el sujeto es requerido por el titular”. SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial. II (1) Delitos contra el Patrimonio...* *Op. cit.*, Pág., 402.

1.2.4.- AGOTAMIENTO

Frente al concepto formal de consumación o consumación típica, entendido como la plena realización del tipo en todos sus elementos, se alza el de *consumación material, agotamiento o terminación del delito*, en el que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que además consigue satisfacer la intención que perseguía. Estos ulteriores propósitos delictivos, caso de que los hubiera (v. gr., ocupar el inmueble para vivir, utilizarlo de trastero, establecer un *Centro Social Okupado y Autogestionado*, alcanzar un provecho económico determinable...) entran en la fase de agotamiento. En la medida en que esta consumación material está más allá de las previsiones típicas carece de relevancia jurídico-penal¹²³⁴.

En palabras de SERRANO PIEDECASAS, “la intención de permanencia pertenece a la fase de agotamiento del delito”. Para COBO DEL ROSAL, Y VIVES ANTÓN el agotamiento “no es más que el *éxito criminal*”¹²³⁵.

La Jurisprudencia *menor* sostiene que la intención de permanencia pertenece a la fase de agotamiento del delito, lo mismo que el goce y disfrute del bien inmueble, o alcanzar un provecho económico determinable¹²³⁶.

¹²³⁴ Cfr., MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Pág., 412; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 773; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 426; LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles... Op. cit.*, Pág., 5. “La consumación no precisa la terminación o agotamiento material de la lesión del bien jurídico protegido... Ejemplo: En el delito de hurto, cuyo tipo requiere un apoderamiento con ánimo de lucro, la consumación se alcanza con el apoderamiento de la cosa, y con independencia de que a continuación logre o no el autor lucrarse efectivamente con ella”. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 361. “La consumación no comprende, en cambio, el agotamiento del delito (también llamado consumación material), el cual trasciende de la esfera de la ejecución, en la medida en que se refiere a efectos derivados o sobrevinientes de la misma”. POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Pág., 222. “El agotamiento, que hace referencia al logro del objetivo por el que se delinquirió... y al que no cabe otorgar ningún papel sistemático”. SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 192.

¹²³⁵ SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 422; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 732.

¹²³⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653): “Algún autor opina que la secuencia temporal que supone la realización de los hechos admite un principio de ejecución. No es de esta opinión la Audiencia Provincial

2.- Autoría y participación

El tipo de injusto del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles sancionado en el artículo 245.2 del Código Penal impone un modelo de conducta cuya observancia se conmina con la amenaza de una pena de 3 a 6 meses de multa, y está referido a cualquier individuo (sujeto activo). De donde se deriva, partiendo de la diferenciación entre sujeto activo y autor, que el autor del delito puede ser ese anónimo “el que” con que viene encabezada su descripción típica, *siempre y cuando concurren en él y en su comportamiento las restantes características del delito*¹²³⁷.

que condenan sólo por el art. 245.2 y no en relación con la tentativa acabada del art. 16 del Código penal: "...tras forzar la puerta de acceso a la vivienda con un hierro, tomó posesión de la misma (vivienda), viéndose frustradas sus expectativas de residir en el lugar por la presencia policial" (SAP Barcelona 13.2.2002). Las razones que llevan al Tribunal a estimar la consumación del delito se basan en una aplicación amplia y no restrictiva del precepto: "la permanencia en el disfrute de la vivienda no es un requisito exigido por el tipo penal, el cual sólo exige la ocupación sin autorización debida... *la intención de permanencia pertenece a la fase de agotamiento del delito*". Interpretar la ocupación en términos de permanencia (objetiva), como viene haciéndolo la mayoría de la jurisprudencia no contradice el principio de legalidad, aunque hagamos una crítica inicial a la penalización del tipo". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 1-9-2010, nº 743/2010, rec. 137/2010, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2010/227229): "Es cierto que castigada la ocupación por la primera de las modalidades previstas en el apartado 2 del artículo 245 del Código penal, ya no procede sancionar la segunda modalidad, ya que esta primera modalidad se configura como un delito instantáneo y a partir de su consumación el mantenimiento o permanencia en el referido bien pertenece a la fase de agotamiento de la infracción penal". Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, A 11-11-2008, nº 162/2008, rec. 120/2008, Pte: Vicente de Gregorio, Marta (EDJ 2008/324624): "Y ello, con independencia de que los efectos de la misma se extendieran a lo largo del tiempo, lo que ya pasa a formar parte de la fase de agotamiento de la infracción penal". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 16-1-2003, rec. 217/2001, Pte: Assalit Vives, José María (EDJ 2003/42349): "Una vez consumada la permanencia o mantenimiento en el referido bien, *el goce y disfrute del mismo pertenecería a la fase de agotamiento de la infracción penal*". Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 18-2-2013, nº 135/2013, rec. 472/2012, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del (EDJ 2013/37430): "Iter criminis: Se consuma con la entrada en el inmueble sin autorización y cierta permanencia en el mismo... *alcanzar un provecho económico determinable entra en la fase de agotamiento*". Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 30-5-2013, nº 144/2013, rec. 203/2013, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2013/107785): "Se exige también el dolo, consistente en el ánimo o voluntad de exclusividad en la detentación del inmueble, con intención de ejercer derechos posesorios sobre el mismo, sin que sea necesario el propósito de acceder a la propiedad del inmueble. Y el delito se consuma con la entrada en el inmueble sin autorización y cierta permanencia en el mismo; *alcanzar un provecho económico determinable entra en la fase de agotamiento*".

¹²³⁷ "Conceptualmente debe distinguirse entre *sujeto activo* y *autor*... Los *autores* son una de las categorías de los responsables criminalmente de los delitos... En cambio, cuando hablamos de sujeto activo nos referimos al sujeto de la acción, con independencia de que sea o no responsable del delito". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Pág., 267. "Los sujetos activos son quienes han de practicar, conforme a la norma correspondiente, la conducta típica "con independencia de que sean o no responsables del delito". Provisionalmente, cabe decir que autor de un delito será aquél de entre los posibles sujetos activos de la conducta típica que efectivamente la ha puesto en práctica y responde criminalmente por ello". OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*... *Op. cit.*, Pág., 47. "La Ley describe el delito mediante una proposición cuyo sujeto es el *sujeto activo* de aquél. El *sujeto activo* no se identifica con el *autor*. Con la categoría de sujeto activo analizamos los diversos modos con los que, en las distintas figuras de la

Autor es, pues, el individuo que realiza objetiva y subjetivamente los elementos de un tipo de injusto, al que es atribuible la conducta típica y antijurídica que ha llevado a cabo y que resulta punible por ello. En palabras de GIMBERNAT “aquél cuya conducta es gramatical y directamente subsumible en el tipo”. Ahora bien, en ocasiones el hombre no ocupa un inmueble solo, sino que junto a él actúan otros. El Ordenamiento jurídico cuenta con la posible intervención de varios sujetos en la ejecución de la conducta punible; de ahí que surjan las cuestiones relativas a la *coautoría* y a la *participación*¹²³⁸.

Parte especial, se describe un elemento del hecho típico: es, por consiguiente, un elemento de la *formulación* del tipo. El concepto de autor atiende, por el contrario, a la *realización* del tipo... En resumen: en la *proposición normativa* no hay autores, sino *sujetos activos*; y, a la inversa, en la *realidad* no hay sujetos activos, sino *autores*. La identificación de ambos conceptos, que a menudo se efectúa en la doctrina, no es sino una de tantas confusiones categoriales... Pero, que sujeto activo y autor sean categorías conceptuales distintas, no significa que se hallen desconectadas. El sujeto activo, como elemento del hecho típico, circunscribe el ámbito de los *posibles autores*. De manera que no podrán ser autores de la correspondiente figura del delito quienes no reúnan las condiciones expresadas para el sujeto en la fórmula legal... La mayor parte de los tipos penales se configuran sin más exigencias respecto al sujeto activo que las dimanantes de que sea una persona humana. Estaríamos así en presencia de un sujeto activo genérico e indiscriminado y, por tanto, la realización del tipo podría ser llevada a término por cualquiera. Habitualmente, en tales casos el sujeto activo se designa en la proposición legal con las expresiones “el que”..., “los que”..., “al que”..., reveladoras todas ellas de una total indeterminación, y de ahí que su concreción pueda ser verificada por toda persona humana. Estos tipos se suelen denominar comunes”. COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*... *Op. cit.*, Págs., 353-356.

¹²³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E.: << A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LXVI, Nº 1. Año, 2013. Pág., 63; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*... *Op. cit.*, Pág., 469. “De entre todas las personas que pueden intervenir en la realización de un delito, el art. 27 del Código penal declara responsables de los delitos... a: 1º) Los autores. 2º) Los cómplices... Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables y las importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales... Una cosa es lo que, a efectos de pena, el Código penal considera autores y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tal. No toda conducta de participación en el delito puede considerarse como autoría del mismo, aunque sí pueda castigarse con la misma pena en los casos en que la participación tenga la misma gravedad, aunque distinta entidad conceptual que la autoría. La complicidad no sólo es una forma de intervención en el delito menos grave que la autoría, sino también conceptualmente distinta. La inducción y la cooperación necesaria también son conceptualmente distintas de la autoría aunque puedan tener la misma gravedad. Todas ellas son formas de participación que deben diferenciarse de la verdadera y auténtica autoría”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 431-432. “Mi punto de partida, al interpretar los artículos 14 y 16 CP 1973 y los vigentes artículos 28 y 29 CP 1995, era (y es) que autor en sentido estricto es aquél cuya conducta es gramatical y directamente subsumible en el tipo. Y que los restantes intervinientes son partícipes, en cuanto que todos ellos colaboran con (y derivan su responsabilidad –accesoriedad– de) el hecho cometido por ese autor en sentido estricto, distinguiéndose, dentro de esos partícipes, entre aquéllos cuya participación en el hecho principal se materializa en la realización de actos ejecutivos (art. 14.1.º CP 1973; art. 28, párrafo primero, CP 1995: “realizan el hecho... conjuntamente...”), y entre aquellos otros que lo hacen con actos preparatorios previos a (o simultáneos con) la entrada del delito en la esfera de la ejecución llevada cabo por un autor principal que

La lesión de los bienes jurídicos propia de la ocupación pacífica de bienes inmuebles puede ser la consecuencia de un acto simple de una persona o de un acto complejo compuesto por varias acciones, ya sean de la misma persona en momentos distintos, ya de varias personas, que actúan o no conforme a un plan conjunto. Aunque hay un momento final en el que una acción singular de un sujeto culmina el proceso ejecutivo y produce el resultado lesivo, todos los actos previos del propio sujeto o de terceros que contribuyen al hecho pueden tener relevancia. Las teorías del *iter criminis* y de la autoría y participación se ocupan de dar respuesta a los problemas de imputación en estas situaciones complejas¹²³⁹.

bien ha actuado solo o lo ha hecho ayudado, en su caso, por los partícipes ejecutivos". GIMBERNAT ORDEIG, E.: << A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales... Op. Cit.*, Pág., 63.

¹²³⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 8.- Autoría y participación delictiva >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. Pág., 295. "El actual CP acoge... [el] concepto de autor dominante en la doctrina, al declarar que "son autores quienes *realizan* el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento" (art. 28, primer párrafo). Pero extiende también el uso del término "autor" a otros casos que no suponen la realización del hecho, sino formas de participación en el hecho realizado por otro, especialmente importantes. Añade: "También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo; b) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado". El CP emplea, pues, en dos sentidos el término "autor": en un sentido estricto que coincide con el doctrinal del que realiza el hecho como propio, y en un sentido amplio que incluye a partícipes especialmente importantes en el hecho de otro: el inductor y el cooperador necesario. Esto sólo ya impediría limitarnos a un sentido amplio del término "autor" que no distinguiese entre quienes el CP dice que "son" autores y aquéllos a quienes se limita a "considerar" autores. Pero hay aún otra circunstancia que aconseja partir de lo que la doctrina considera verdadero autor y que el CP acoge ahora como tal: sólo éste realiza un tipo autónomo cuya concurrencia no depende de la presencia de un hecho principal; aquéllos a quienes la doctrina considera sólo partícipes, están sometidos, en cambio, al "principio de la accesoriedad de la participación" respecto del hecho del autor (por mucho que el CP les considere autores en sentido legal)... A diferencia de quien realiza el tipo como autor en sentido estricto, que es punible autónomamente, el "partícipe" sólo puede ser castigado si existe un hecho antijurídico por parte del autor. Que el art. 28 *considere* autores a los inductores y a los cooperadores necesarios no significa, pues, que éstos tengan la misma naturaleza que los que el mismo precepto dice que *son* autores... La *consideración* legal de aquéllos como autores tiene... algún efecto... La ley señala... el mismo marco penal (arts. 61 y 62 CP), mientras que a los cómplices... les asigna una pena menor (art. 63 CP)". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Pág., 375. "Como señala Quintano, la "responsabilidad criminal es siempre estrictamente personal e individual; aunque la voluntad o la ejecución del acto delictivo se divida, alcanza a cada uno de los participantes, como tales individuos, bien que sea lícito graduarla en relación a la proporción material del acto ejecutado y a la totalidad del efecto querido y obtenido". Nuestro Código Penal vigente ha variado la tradicional configuración de la participación criminal. Así, mientras las diferentes formas de autoría y complicidad se regulan en la parte general en los artículos 28 y 29, el encubrimiento ha dejado de ser una forma de participación por favorecimiento de un delito ajeno para pasar a tener la consideración de delito autónomo, dentro de los delitos contra la administración de justicia, si bien es cierto que con la limitación en cuanto a la penalidad de que ésta no pueda ser superior a la que correspondería por el delito encubierto. Sin embargo, el mayor rastro del pasado del delito de encubrimiento como forma de participación se encuentra en el artículo 453, cuando señala que "Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena". En este precepto se está haciendo

Los diversos aspectos que abarca la teoría de la autoría y participación no ofrecen en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles especialidad alguna digna de mención, salvo que por tratarse de un delito permanente por sus características, y como ya expusimos anteriormente, cabe participación o coautoría después de la consumación mientras se mantenga la situación antijurídica; lo mismo que hasta que concluye la situación antijurídica no comienza a contar el plazo de la prescripción del delito, ya que de lo contrario podría darse el absurdo de que éste prescribiera sin haber cesado los autores en su actuación antijurídica¹²⁴⁰.

referencia a la doctrina de la accesoriad limitada que se deriva de la propia configuración de la participación criminal en nuestro Código Penal y que se ha consagrado jurisprudencialmente desde hace muchos años... La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1993 establecía que "la participación, a diferencia de la autoría, que es la realización del hecho propio, es contribución al hecho ajeno. El partícipe, pues, no realiza por sí mismo el hecho delictivo, sino que favorece o coopera en la realización ajena. De la estructura de la participación, se deriva como consecuencia necesaria su carácter accesorio, de tal forma que la participación como tal, no podrá ser sancionada, sino en la medida en que llegue a serlo el hecho principal, esto es, en la medida en que llegue al menos al grado de tentativa el hecho principal. La participación, pues, es accesoria de dicho hecho. Y ello quiere decir que la punibilidad del partícipe depende de la realización de un hecho principal de uno o varios autores". La afirmación contenida en la Sentencia referida nos hace referencia a una cuestión que, por obvia, muchas veces no llegamos ni a formular desde la reflexión de Gimbernat de que "mientras el delito no haya entrado en la fase ejecutiva (en sentido técnico) no puede haber ni autoría ni complicidad. Consciente el legislador de que con ello quedaban excluidas las conductas dirigidas a la realización de un delito si ningún participante había dado comienzo a la ejecución, se ha visto obligado, para punirlas, a definir expresamente la codelincuencia en actos preparatorios en el art. 4 (conspiración, proposición, provocación)...". Es necesario precisar que dicha participación accesoria tiene el carácter de limitada, en tanto que "toda participación presupone un hecho principal típico, antijurídico y doloso. Por lo tanto, el derecho positivo excluye otros criterios que ya nadie postula seriamente en esta materia: las llamadas accesoriad extrema, que requiere que el hecho principal sea culpable, y la hiperaccesoriad, que exigiría también la punibilidad del hecho principal". Estas circunstancias permiten señalar que es ya una asentada doctrina, tanto en el ámbito científico como en la jurisprudencia que la coautoría en sentido estricto, esto es, la realización por parte de varios autores de actos ejecutivos, se producirá en tanto que todos ellos realicen parte del contenido típico, por sí mismos o a través de otro que carece de dominio de la acción. Sin embargo, el contenido del artículo 28 amplía el catálogo de autores a aquellos sujetos que, sin ser autores directos, coautores o autores mediatos, merecen su misma consideración y tratamiento, esto es, los inductores y los cooperadores necesarios. La coautoría, como señala reiteradamente la jurisprudencia, precisa de la concurrencia de dos requisitos: a) acuerdo o decisión conjunta entre varias personas; b) la aportación al hecho concreto de que se trate de una acción individual específica dentro de la ejecución del delito. Este acuerdo para el "reparto de papeles" no tiene que ser previo. La jurisprudencia acepta la llamada "participación adhesiva o sucesiva" también conocida como "coautoría aditiva" que se dará siempre que: "a) que alguien haya dado comienzo a la ejecución del delito, b) que posteriormente, otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél, c) que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito, aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento, d) que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho". VALMAÑA OCHAITA, S.: << Coautoría y delitos cometidos en grupo >> en *Cuadernos Digitales de Formación*. CGPJ. Nº 16. Encuentro de jueces de menores (2014). Año 2014. Págs., 4-6.

¹²⁴⁰ En relación a la autoría y participación, *Vid.*, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*. Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio. 3ª

La ocupación pacífica de bienes inmuebles es considerada como un delito permanente (GONZÁLEZ RUS, QUERALT JIMÉNEZ, MANZANARES SAMANIEGO...), por lo que los términos de prescripción han de computarse “desde que se eliminó la situación ilícita”, no comenzando por tanto a computarse el plazo de prescripción sino desde que los autores cesen en la ocupación o mantenimiento ilícitos; es decir, hasta que se produzca el desalojo (voluntario o no). Y mientras tanto, cabe participación o coautoría después de la consumación y mientras se mantenga la situación antijurídica¹²⁴¹.

edición. Madrid, 1966; RUIZ ANTÓN, L.F.: << El fundamento material de la pena en la participación >> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 11, 1980. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1980. Págs., 47-66; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* Op. cit., Págs., 796-843; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 431-461; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 371-423; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 8.- Autoría y participación delictiva >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... Op. cit., Págs., 295-317; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II...* Op. cit., Págs., 229-250; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 733-762; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito...* Op. cit., Págs., 469-553; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.)... Op. cit., Págs., 192-201; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General...* Op. cit., Págs., 431-453. “Autoría y participación. No plantea problemas específicos”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 211. “Por tratarse de un delito común, no existen especialidades que impidan la aplicación de las normas generales que regulan la autoría y la participación accesoria del delito, reguladas en el Título II del Libro I del Código Penal”. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 107. “En cada una de las modalidades del delito de usurpación, es autor quien realiza el núcleo de la acción típica (ocupar el inmueble, mantenerse en él contra la voluntad de su titular...), tanto de manera individual como acompañado de otros. Y, respecto de la participación delictiva, se aplican sin ninguna distorsión las previsiones legales genéricas de los arts. 28 y 29 del Código Penal”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... Op. cit., Pág., 347.

¹²⁴¹ “Es un delito permanente”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... Op. cit., Pág., 476. “Estamos ante un delito permanente cuya consumación se produce en el momento en el que se ocupa el edificio o se continúa en el mismo, desconociendo la voluntad contraria del dueño”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... Op. cit., Pág., 502. “Estamos ante un delito de mera actividad, aunque permanente”. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., Pág., 447. “En estos supuestos, se está, repárese en ello, ante un delito permanente, de modo que permitir el mantenimiento de una situación mediante la cual alguien permanezca en un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituyesen morada contra la voluntad de su titular, supondría tolerar una conducta a través de la cual se estaría cumpliendo la vertiente típica del delito de usurpación previsto y penado en el art. 245.2 CP, algo que, más allá de la protección a dispensar al perjudicado, debe ser lógicamente impedido por los jueces y tribunales”. MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley...* Op. cit., Pág., 11. “Se trata de un delito de carácter permanente, porque la afección al bien jurídico patrimonio ajeno se prolonga en el tiempo desde

“La modalidad usurpatoria ahora examinada se da por consumada tanto cuando se ocupa inicialmente la vivienda o el edificio sin el consentimiento del titular, como cuando se haya contado con éste para entrar, pero se permanezca en su interior una vez que la voluntad contraria del mismo haya quedado clara... Con ello se está poniendo de manifiesto que se trata de un delito de carácter permanente, porque la afección del bien jurídico patrimonio ajeno se prolonga en el tiempo desde el acto inicial de la ocupación, hasta que se produzca el desalojo, en el que pueden ser sujetos activos tanto quienes lleven a cabo el acto inicial de ocupación del inmueble o vivienda, como quienes sin haber participado en él ocupan *a posteriori*”¹²⁴².

el acto inicial de la ocupación, hasta que se produzca el desalojo”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Pág., 348. “La opinión común entiende que las dos modalidades de usurpación pacífica son delitos permanentes”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913. “Estamos ante un delito permanente que extiende sus efectos más allá de la consumación, continuando la situación antijurídica en tanto en cuanto no cese la ocupación o el mantenimiento”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 26. “La condición de delito permanente del tipo penal da lugar a que, como señala González Rus, los efectos jurídicos creados se mantienen... hasta que se produzca el desalojo”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 395; “No ha de olvidarse, por lo demás, que las acciones típicas (ocupar, mantenerse) hacen posible hablar, con relación a estas figuras delictivas, de delitos permanentes o de tracto sucesivo”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Págs., 164; LUZÓN PEÑA, D.M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Pág., 171. “Se trata de un delito permanente... por lo que los efectos antijurídicos creados se mantienen hasta que se produzca el desalojo”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 416.

¹²⁴² ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Págs., 347-348. “Al ser un delito permanente, como ya se indicó, aquellas personas que intervengan durante la ocupación serán también autores o partícipes, incluso durante el desalojo. Ahora bien, tienen que darse todos los elementos del tipo”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 211. “Se trata de un delito permanente... que mantiene sus efectos antijurídicos hasta tanto no cese la situación creada con dichas conductas, lo que permite la participación de terceros con posterioridad al momento de la consumación del delito”. GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 991. “La incorporación de otras personas a la actividad criminal permanente podría valorarse como coautoría o complicidad”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 913. “La configuración de este delito como permanente permite, por tanto, que exista participación criminal (complicidad o cooperación necesaria) con posterioridad al momento de la consumación”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 26. “Las acciones típicas (ocupar, mantenerse) hacen posible hablar... de delitos permanentes o de tracto sucesivo, lo que posibilitaría la acumulación sucesiva de sujetos activos, en el supuesto que se

La usurpación pacífica no es un delito de propia mano. En consecuencia, sostiene MANZANARES SAMANIEGO: “Cabén la inducción, la autoría mediata y la complicidad, incluso por parte de personas que no llegan a introducirse en el espacio prohibido o lo abandonan antes de la ocupación efectiva. Piénsese, por ejemplo, en quien fractura la puerta de entrada o contribuye a la ocupación facilitando a los ocupantes víveres u otros suministros indispensables, todo ello, además, en relación con un delito permanente que facilita la participación. Lo dicho es también de aplicación, *mutatis mutandis*, para la modalidad pasiva de mantenimiento”¹²⁴³.

Se considera cooperador (necesario, o no -cómplice-, en función de las circunstancias) a quien colabora para que otro ocupe el inmueble. ROCA AGAPITO ejemplifica como supuesto de mera complicidad si la ayuda consiste únicamente en la recolocación de la puerta a fin de que una hija pueda utilizar la vivienda¹²⁴⁴.

2.1.- Autoría y participación en la Jurisprudencia *menor*

2.1.1.- AUTORÍA

La Jurisprudencia *menor* considera autor de un delito de usurpación del art. 245.2 del Código Penal, al que ha *ejecutado directamente* la acción tipificada en dicho precepto legal; ha tenido una *intervención directa y voluntaria* en su perpetración; ha realizado *actos directos y voluntarios*; ha tenido una *participación directa, voluntaria y material* en la ejecución de los hechos que integran el tipo; al que es criminalmente

fuesen uniendo agentes a la conducta de los iniciadores, aún perseverantes”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales...* Op. cit., Pág., 164.

¹²⁴³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 914; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... Op. cit., Pág., 223.

¹²⁴⁴ “Se puede considerar cooperador (necesario o no en función de las circunstancias) a quien colabora para que otro ocupe el inmueble, como sucedió en el caso juzgado por la SAP, Sevilla, Secc. 1ª, 396/2004, 17-9 (la ayuda consistió en la recolocación de la puerta a fin de que su hija (menor de edad) pudiese utilizar la vivienda, lo que se estimó como complicidad)”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... Op. cit., Pág., 211.

responsable *de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal*; o al que *ha realizado los hechos que constituyen el delito*¹²⁴⁵.

2.1.2.- COAUTORÍA

La Jurisprudencia *menor* en relación a la coautoría establece que no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo sean ejecutados por los coautores.

Únicamente exige un condominio funcional del hecho típico. Un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia. Basta la existencia de un acuerdo de llevar a cabo el hecho y del aporte, por cada uno de los integrantes de la voluntad global, de un elemento *esencial* durante la fase de ejecución para culminar el propósito común. En definitiva, la coautoría precisa un plan común, una decisión conjunta y una distribución de las acciones en la estrategia ejecutiva. Por ello, son coautores los que tomando parte del

¹²⁴⁵ *Vid.*, Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 1-4-2003, nº 40/2003, rec. 57/2001, Pte: Casas Cobo, Pedro Antonio (EDJ 2003/94880): “La acusada Emilia es autora de un delito de usurpación del art. 245 del Código Penal, *al haber ejecutado directamente la acción tipificada en dicho precepto legal*, que consiste en ocupar, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139): “En definitiva, tal y como ya hemos dicho, concurren en el presente caso todos los requisitos que integran el delito de usurpación previsto en el artículo 245.2 CP, del que consideramos *responsable en concepto de autor (art. 28 CP), por sus actos directos y voluntarios*, al acusado Pedro Antonio, por lo que el recurso debe ser estimado y la Sentencia de instancia revocada en este particular”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 14-2-2014, nº 62/2014, rec. 1025/2013 Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58502): “Concurren en el presente caso todos los requisitos que integran el delito de usurpación previsto en el artículo 245.2 CP, del que *resulta responsable en concepto de autora (art. 28 CP), por sus actos directos y voluntarios*”. Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 23-10-2015, nº 131/2015, rec. 52/2015, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración (EDJ 2015/203375): “Delito este del que son responsables en concepto de autores los acusados por los art 27 y 28 del C. Penal por su *intervención directa y voluntaria en su perpetración* por ellos mismos reconocida”. Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 2ª, S 5-12-2008, nº 305/2008, rec. 19/2008, Pte: Morillo-Velarde Pérez, José María (EDJ 2008/357258): “Del indicado delito es autor responsable el acusado, D. Florencio, por su *participación directa, voluntaria y material en los hechos*”. Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 12-1-2010, nº 5/2010, rec. 163/2008, Pte: Izquierdo Téllez, Carlos (EDJ 2010/45663): “Del delito cometido es *responsable en concepto de autor de los artículos 27 y 28 del Código Penal el acusado, en razón a su participación directa, material y voluntaria en la ejecución de los hechos que integran el tipo*”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 9-5-2013, nº 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2013/90363): “Del referido delito es *criminalmente responsable en concepto de autor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal*, la referida Pilar”. Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 30-10-2013, nº 550/2013, rec. 143/2012, Pte: Flores Domínguez, Jesús (EDJ 2013/298747): “De dichos delitos es responsable en concepto de autor el acusado por *haber realizado los hechos que los constituyen (artículo 28 del CP)*”.

acuerdo, durante la fase ejecutiva, aportan una parte esencial de la realización del plan criminal cuya ejecución ha sido acordada conjuntamente.

A la misma consecuencia práctica nos llevaría la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte *necesaria* en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico. Cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores, pues, la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho.

En la coautoría se aplica el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones: lo que haga cada uno de los coautores es imputable a los demás al constituir, cada una de las aportaciones, una parte de un plan global unitario. De esta forma puede afirmarse, con fundamento, que el hecho pertenece jurídicamente a todos y cada uno de los coautores¹²⁴⁶.

¹²⁴⁶ Vid., Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 15-10-2007, nº 252/2007, rec. 1324/2007, Pte: Subijana Zunzunegui, Ignacio José (EDJ 2007/264404): “La coautoría. I.- El artículo 28 CP contiene el concepto auténtico de autor de un delito. Son autores, dice el precepto, quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. II.- La coautoría exige un condominio funcional del hecho típico. La realización conjunta del hecho, por lo tanto, no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo sean ejecutados por los coautores. Por lo tanto, tal y como refiere la STS de 27 de febrero de 2007, no se trata de determinar si el coautor realizó las acciones típicas formalmente y de manera personal. Lo que procede, más bien, es de determinar si el coautor tiene el dominio del hecho. Para ello es preciso la existencia de un acuerdo de llevar a cabo el hecho y del aporte, por cada uno de los integrantes de la voluntad global, de un elemento esencial durante la fase de ejecución para culminar el propósito común. En definitiva: la coautoría precisa un plan común, una decisión conjunta y una distribución de las acciones en la estrategia ejecutiva (STS de 19 de julio de 2007). Por ello, son coautores lo que tomando parte del acuerdo (ora *ab initio* -coautoría inicial-, ora durante la ejecución -coautoría adhesiva o sucesiva-), durante la fase ejecutiva, aportan una parte esencial de la realización del plan criminal cuya ejecución ha sido acordada conjuntamente (por todas, STS de 19 de octubre de 2006 y 14 de junio de 2007). En la coautoría se aplica el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones: lo que haga cada uno de los coautores es imputable a los demás al constituir, cada una de las aportaciones, una parte de un plan global unitario. De esta forma puede afirmarse, con fundamento, que el hecho pertenece jurídicamente a todos y cada uno de los coautores”. Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1ª, S 20-11-2006, nº 486/2006, rec. 14/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/422062): “Cabe recordar ahora que en la definición dada por el art. 28 CP: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinuencia, bien entendido que la realización conjunta no supone que todos y cada uno de los coautores realicen o ejecuten en sentido formal todos los elementos del tipo. Lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica nos llevaría la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, según esta teoría, son coautores los que realizan una parte

2.1.3.- AUTORÍA MEDIATA

La Jurisprudencia *menor* considera un supuesto de autoría mediata el de aquellos acusados (Secretario General de la Consejería de Fomento y Jefe del Servicio de Aguas e Infraestructuras Hidráulicas) que careciendo de legitimidad administrativa para su actuación utilizaron como instrumento una empresa ("Exconsa Miajadas S.L.") para la ocupación temporal (mientras se desarrollaban obras de realización de un trasvase) de parte de un inmueble de propiedad ajena (propiedad de la Sra. Herminia) y para la constitución de hecho de un derecho real con vocación de permanencia (como es una servidumbre de acueducto sobre 12.810 m²) sobre el mismo predio¹²⁴⁷.

necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico (en el caso de asesinato u homicidio, el acto de matar). En esta dirección la STS. 28.11.97 ya afirmó que: "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores..., la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho". No puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el verbo rector del tipo, en este caso, el que mata, es decir, el que realiza la acción de matar, sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho". Y por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer. En el presente caso no cabe duda de la coautoría de los tres condenados pues, a la vista de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, queda claro que los tres estaban apalancando la entrada de la parcela y tenían el condominio del hecho". Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), sec. 1ª, S 21-11-2013, nº 36/2013, rec. 1/2013, Pte: Río Fernández, Lorenzo del (EDJ 2013/319593): "En definitiva, de los cinco acusados reseñados puede argumentarse razonablemente que está probada su participación activa, con mayor o menor protagonismo, en la ocupación, concebida como entrada sin autorización en finca ajena y decisión de permanecer en la misma contra la voluntad del titular, asentamiento estable en el lugar sin perjuicio de algunas entradas y salidas pero asegurando la presencia de un número significativo de ocupantes, con realización de actos posesorios y asunción de la decisión de permanecer hasta ser desalojados por la fuerza pública, por lo que habrán de ser considerados coautores del delito de usurpación de inmueble (finca militar...) del artículo 245.2 CP".

¹²⁴⁷ La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular frente a sentencia que absolvió a los acusados de un delito de prevaricación y otro de usurpación y condena a éstos. *Vid.*, Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015): "Probado y así se declara que, ante el riesgo de desabastecimiento de agua por la que en la primavera del año 2009 atravesaban los municipios de Albalá, Alcuéscar, Aldea del Cano, Arroyomolinos de Montánchez, Casas de D. Antonio y Montánchez, pertenecientes a la mancomunidad del río Ayuela, ante el escasísimo caudal (a penas del 6% de su capacidad de depósito) con que, en dicho momento, contaba el embalse de Alcuéscar destinado a nutrir dichas poblaciones, como circunstancia certificada por informe de fecha 16 de abril de 2009 elaborado por el acusado, Jesús Carlos, cuyas demás circunstancias ya constan, en su condición de Jefe de Servicio del Agua e Infraestructuras Hidráulicas, de la Consejería de Fomento, de la Junta de Extremadura, en el que, asimismo, como solución a ese grave peligro de desabastecimiento dada la altura del año y las remotas posibilidades de recedido natural del pantano por vía pluvial, propuso la ejecución, con carácter de urgencia, de una nueva conducción e impulsión paralela a una de refuerzo ya existente, desde el embalse de Nogales (sito en Aldea del Cano); dictamen a la vista del que, por medio de Resolución de fecha 17 de abril de 2009 suscrita por el también acusado, Pedro Francisco, los datos del que asimismo obran más arriba, como Secretario General de la Consejería de Fomento, de la Junta de Extremadura, se

acordó la tramitación de emergencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de dichas obras de canalización, el inicio de su ejecución, la contratación con la empresa y el comienzo de los trámites precisos para el libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los correspondientes gastos; siendo que, en la medida en que dicho proyecto afectaba a fincas de titularidad privada, entre los que se encontraban los pertenecientes a la esposa de Isidoro, Herminia, fue decretado, mediante Resolución de fecha 13 de mayo de 2009, de la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura, el anuncio de expropiación forzosa de los correspondientes terrenos y, eso sí, dada su referida urgencia, un día después de que hubiesen comenzado las tareas de ejecución de dicha obra definitivamente adjudicada y acometida por la empresa "Exconsa Miajadas, S.L."... En nuestro caso el acusado era plenamente consciente de que la Sra. Herminia se oponía tenazmente a la ocupación de los terrenos de su propiedad, y lo era no solo porque por razón de su cargo como Secretario General de la Consejería de Fomento debía conocer de las vicisitudes de la oposición de dicha propietaria al trasvase del año 2.006 (el requerimiento notarial oponiéndose a la obra, su solicitud expresa de retirada de las instalaciones en 2.008 y el ulterior recurso contencioso administrativo planteado por ella contra la denegación tácita a dicha retirada) sino también porque así constaba expresamente en el informe de 16 de abril de 2.009 del Sr. Jesús Carlos que proponía la realización de la obra ("Esta circunstancia genera que el propietario del terreno haya presentado recientemente una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo por la instalación de las tuberías anteriores y no dude en presentar un Interdicto de Obra Nueva o similar en cuanto se pretenda instalar la tubería actual por la misma traza, aspecto importante que podría producir la paralización de las obras por decisión judicial"); y dicha oposición no era caprichosa sino que se sustentaba sobre una decisión judicial, que ya era firme, por la que se declaraba que el terreno sobre el que se asentaba el pantano desde el que pretendía tomarse el agua debía revertir a su propietaria porque la Junta de Extremadura no había cumplido con la finalidad para la que aquel terreno se expropió. En estas circunstancias, y al socaire de la utilización de un contrato de emergencia que, en contra de lo que sostiene el Letrado de la Junta de Extremadura, en absoluto autoriza a prescindir de un expediente expropiatorio (cuando el artículo 97 Ley 30/2007, de Contratos en el Sector Público habla de "sin obligación de tramitar expediente administrativo" se está refiriendo exclusivamente al expediente de contratación regulado en dicha Ley, y no a otros expedientes o actuaciones administrativas que imperativamente exijan otras normas) el acusado ordenó a través de su resolución de 17 de abril de 2.009 el inicio de unas obras que iban a ocupar dicho terreno y a constituir sobre el mismo una servidumbre de acueducto (en palabras del auto del TSJEx de 30 de noviembre de 2.009, folio 305, "como si la existencia de la presa no estuviera cuestionada en su legalidad") que luego se intentará instrumentalizar para evitar la ejecución de la sentencia que declaró la reversión, prescindiendo de llevar a cabo una mínima actuación administrativa encaminada a obtener la necesaria disponibilidad sobre aquellos terrenos hasta que, un mes después, cuando ya llevaban dos semanas trabajando en la obra (desde el 4 de mayo de 2.009), y tras haber ocupado la propiedad de la Sra. Herminia a partir del día 12 de mayo de 2.009, ocupación que denunció ante la Guardia Civil, el acusado promovió las actuaciones habituales previas a un expediente de expropiación, mediante su anuncio en el DOE del 21 de mayo de 2.009 (expediente a través del cual se pretendía no solo regularizar aquella ocupación, sino también la de 2.006 respecto de la que, tres años después, todavía no se había realizado actuación alguna, iniciándose el procedimiento de expropiación propiamente dicho por el Decreto del Consejero de Fomento de 26 de junio de 2.009 (folio 384) en el que se indicaba que "Dada la oposición manifestada, señaladamente por D^a Herminia, se hace necesaria la declaración de urgencia del procedimiento expropiatorio, dada la emergencia del abastecimiento a la población", declarando dicho Decreto "de urgencia la ocupación de los bienes afectados" por la obra de abastecimiento a la Mancomunidad del Río Ayuela cuando, a esa fecha, no solo hacía ya casi dos meses del comienzo de aquella ocupación de inmuebles sino que dicha obra que, como indicó el Sr. Jesús Carlos en su informe de 18 de octubre de 2.010, Folio 357, y reiteró en la vista de apelación, se realizaba trabajando simultáneamente en varios puntos, había concluido ya ("las obras finalizaron a finales del mes de junio"); actuaciones posteriores que no sirven para salvar la precedente arbitrariedad de la resolución del acusado pero que, aun cuando no lleguen a constituir propiamente una reparación del daño en el sentido del artículo 21.5^a del Código Penal (la esencia de dicha atenuante obedece a una decisión del Legislador, de política criminal, ordenada directamente a la protección de las víctimas y en este caso no era esa su finalidad sino la de tratar de subsanar la irregular actuación del acusado), sí conforma una circunstancia relativa a la gravedad del hecho que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 66.1.6^o del Código Penal, nos conduce a la imposición de la pena señalada para el delito en su límite mínimo de siete años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público de Secretario General, o de cualquier otro análogo que implique la posibilidad de ejercer facultades decisorias... A este amparo de carácter civil de los interdictos posesorios, el legislador ha sumado una protección penal, definiendo como delito la conducta

2.1.4.- INDUCCIÓN

Aunque falte prueba directa sobre la causación material de un delito, la Jurisprudencia *menor*, si cuenta con datos objetivos sin parangón, que de una manera natural y fluida permitan inferir su causación directamente por el apelante *u otra persona a su ruego u órdenes*, estima que ello implica como mínimo su autoría en concepto de inductor¹²⁴⁸.

del art. 245.2 del Código Penal... La resolución dictada por del Sr. Pedro Francisco dio lugar, a través de la actuación del Sr. Jesús Carlos y de la empresa Exconsa, a la ocupación temporal, mientras se desarrollaron las obras de realización del trasvase, de una parte del inmueble propiedad de la Sra. Herminia; pero también dio lugar a la constitución de hecho de un derecho real con vocación de permanencia como es una servidumbre de acueducto (sobre 12.810 m2 según el anuncio de la expropiación, folio 113) y, si bien la primera acción carecería de esa vocación de permanencia antes referida y, por tanto, resulta atípica, la constitución de esa servidumbre (que, como tal, constituye una limitación para el predio sirviente) sí que participa de esa vocación por lo que, siendo patente la oposición de la propietaria a dicha ocupación, de la que son muestra sus sucesivas actuaciones ante la Administración y, frente a ésta, ante la jurisdicción contencioso administrativa, y careciendo los acusados legitimidad administrativa para dicha actuación como queda expuesto en el fundamento jurídico precedente, debemos declarar a ambos acusados como coautores del delito imputado, cometido en una actuación conjunta cuya mejor muestra es la inmediatez temporal y coordinación de las acciones de ambos y para cuya materialización se sirvieron como instrumento (artículo 28 párrafo primero inciso final del Código Penal) de la empresa Exconsa Miajadas. Ya han quedado expuestas las razones por las que consideramos que el Secretario General de la Consejería de Fomento era plenamente consciente de la oposición a la ocupación por parte de la Sra. Herminia y, a pesar de ello, ordenó la ejecución de la obra; en cuanto al ingeniero Jefe del Servicio de Aguas e Infraestructuras Hidráulicas, resulta que era su propio informe el que ponía de manifiesto esa circunstancia y, pese a constarle que la Administración no había realizado gestión alguna para solventar aquel problema que él mismo había anunciado fue, como responsable del servicio, la persona que a través de la citada empresa materializó la instalación del trasvase, instalación que además decidió continuar pese a la nueva oposición expresa de la propietaria plasmada en el requerimiento notarial de 14 de mayo de 2.009... Se estima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Isidoro contra la Sentencia de fecha 13 de mayo de 2.011 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres en los autos de juicio oral 39/2011, de que dimana el presente Rollo, y se revoca dicha resolución en los siguientes términos: 1.- Debemos condenar y condenamos al acusado Pedro Francisco, como autor responsable de un delito de prevaricación y otro de usurpación ya definidos... 2.- Debemos condenar y condenamos al acusado Jesús Carlos, como autor responsable de un delito de usurpación ya definido... absolviéndole del delito de prevaricación del que era acusado”.

¹²⁴⁸ Vid., Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 16-11-2012, nº 588/2012, rec. 5671/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2012/349487): “En cuanto al delito de ocupación ilegal, consistente en el hecho de acceder el apelante a la propiedad del denunciante y estacionar el vehículo de su propiedad, rompiendo los obstáculos que para ello colocaba legítimamente su propietario, se cuenta con prueba contundente que acredita la comisión del mismo. Así, la realidad de la presencia del coche del apelante tras causarse esos daños se demuestra por las propias manifestaciones del acusado que admite que el coche allí lo estacionaba, concurriendo el elemento intencional de dicho delito, ya que el apelante era consciente que la anterior servidumbre que le permitía el paso, que no estacionamiento, se había extinguido, circunstancia que se infiere de las propias manifestaciones del apelante que admite que rogó al Notario que no remitiera la escritura de extinción de dicha servidumbre al Registro de la Propiedad. Es más, esta ocupación tuvo lugar en varios días, y se mantuvo en su acción ilícita incluso después de las denuncias interpuestas por el propietario, por lo que ese elemento subjetivo brilla con luz propia. A mayor abundamiento, la inspección ocular de la Guardia Civil y las declaraciones del denunciante, acreditan tanto la presencia del coche del acusado recurrente como la realidad de los daños causados en candados, puertas, muro y vallas del

2.1.5.- COOPERACIÓN NECESARIA Y COMPLICIDAD

A quien colabora para que otro ocupe un inmueble se le puede considerar cooperador necesario o no (cómplice) en función de las circunstancias¹²⁴⁹.

denunciante. En cuanto a los daños causados para acceder a dicha parte de la finca del acusador particular, en la que estacionaba el coche el recurrente, es cierto que no se cuenta con prueba directa sobre su causación material, pero un dato objetivo sin parangón, cual es que tras causarse dichos daños el coche del apelante estaba estacionado en la propiedad del denunciante, incluso en una ocasión por hallarse el coche reiterado en dicha propiedad para sacarlo se causaron daños en la valla; por tanto, *de una manera natural y fluida se infiere que esos daños fueron causados directamente por el apelante u otra persona a su ruego u órdenes lo que implica como mínimo su autoría en concepto de inductor*. Por las razones expuestas y las vertidas en la sentencia que se recurre, que se dan expresamente por reproducidas, confirmamos la condena del recurrente por el delito de ocupación ilegal y daños causados en los elementos indicados de la propiedad del denunciante, que se detallan en el informe pericial del folio 250 de las actuaciones, es decir candados, cadenas de los candados, valla metálica y puerta metálica, daños que ascienden a 1990 euros, conforme indica la sentencia de la instancia, en atención a ese informe policial, si bien del mismo hay que restar 300 euros, ya que no se han probado los daños en la pared medianera en su totalidad”.

¹²⁴⁹ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-12-2012, nº 974/2012, rec. 2216/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2012/298612): “1.- Como hemos dicho en SSTs 821/2012 de 31.10, 561/2012 de 3.7, 960/2009 de 16.10, 120/2008 de 27.2, en la cooperación la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partícipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición *sine qua non*, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho (STS. 89/2006 de 22.9). Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10). En la STS. 699/2005 de 6.6, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que “el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce” de modo que “el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho” y así “será un partícipe necesario, pero no coautor”, concluyendo que “lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores”. Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2, la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2). La complicidad (dice la STS. 1216/2002 de 28.6), requiere el concierto previo o por adhesión («*pactum scaeleris*»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («*conscientia scaeleris*»), el denominado «*animus adiuuandi*» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva

La Audiencia Provincial de Sevilla estima que la recolocación de la puerta del inmueble para que una hija menor de edad pueda utilizar la vivienda es un mero supuesto de complicidad, pues, con ello no se realiza ningún acto sin el cual no se hubiere cometido la ocupación aunque sí coadyuva a ésta con su proceder; y ello atendiendo a que podría haber consumado el delito la menor por sí sola, pues la puerta estaba forzada y tenía capacidad de autodeterminación bastante como para vivir sola¹²⁵⁰.

Se consideran actos de complicidad romper la cerradura de la puerta de entrada a una vivienda para lograr el acceso a ésta, limpiar la vivienda, y llevar mobiliario a la

podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso. Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000)”.

¹²⁵⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871): “Constatada hasta aquí la existencia del hecho delictivo y su grado de ejecución, resta por analizar una cuestión que, aunque expuesta en el recurso, no llega a desarrollarse en su totalidad; se trata del hecho, admitido por la propia sentencia de instancia, de que la hoy recurrente (y el otro condenado en la instancia que no recurre) no iban a ocupar la vivienda en cuestión y se limitaban a coadyuvar a su ocupación por la menor hija de aquella; conforme a tal afirmación, *no puede predicarse en ningún caso la autoría de tales acusados ex artículo 28 del Código Penal, pues no concurren en ellos los elementos necesarios para integrar la conducta punible ya que no iban a entrar en la posesión de la vivienda en ningún caso, ni siquiera a título de cooperadores necesarios pues ningún acto realizan sin el cual no se hubiere cometido el hecho (podría haberlo consumado la menor por sí sola atendido que la sentencia admite que la puerta estaba forzada y la menor tenía capacidad de autodeterminación bastante como para vivir sola); de este modo, el grado de participación de los dos mayores de edad encausados, en cuanto colaboran con la recolocación de la puerta a fin de que la menor pueda utilizar la vivienda, ha de ser remitida a la complicidad del artículo 29 del Código Penal en la medida en que, no siendo su actuación imprescindible para la ejecución del delito, sí que coadyuvan a éste con su proceder.* Sentado ello respecto a la aquí recurrente, el principio de efecto extensivo de la impugnación consagrado en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite extender el resultado favorable del recurso también al acusado que no ha sido parte en la impugnación, por cuanto que los hechos son los mismos y los motivos por los que se acoge el recurso son predicables también de la situación del no recurrente. Y en trance ya de determinar la pena que a ambos corresponda, ha de rebajarse en un grado la señalada al tipo penal en atención al grado de consumación (tentativa, artículo 62 del Código Penal) y en otro grado en razón de la participación (complicidad, artículo 63 del mismo Código), fijándose en consecuencia la multa en treinta días, dentro de la mitad inferior, en atención a la escasa peligrosidad relativa de la conducta que, en todo caso, tan sólo había principiado en el momento de intervenir la Policía, manteniendo la cuota señalada por la sentencia de instancia (que no se combate en esta alzada) y con los apercibimientos del artículo 53 del Código Penal”.

misma para que la habite un tercero; y actos de autoría quedarse habitando en la vivienda¹²⁵¹.

¹²⁵¹ Vid., Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 19-9-2007, nº 167/2007, rec. 150/2007, Pte: Pontón Práxedes, Antonio G. (EDJ 2007/354213): "Por el Juzgado de lo Penal indicado, con fecha 22 de enero de 2007 se dictó Sentencia, en las actuaciones a que se refiere el rollo de Sala cuyos hechos probados dicen así: "Primero.- Es probado y así se declara que la vivienda sita en C/... de Huelva se encuentra adjudicada desde hace 30 años en régimen de alquiler con opción de compra a Dª Carmen quién hasta mediados o finales de 2005 la habitó junto con su hijo D. Carlos Antonio, fecha en la que Dª Carmen se trasladó a vivir a una residencia para mayores, quedando su hijo D. Carlos Antonio morando en la vivienda. La vivienda referida es propiedad de la Junta de Andalucía (en concreto, de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía). Es probado que en fecha 6-12-05 Dª Carmen solicitó a la Empresa Pública del Suelo de Andalucía oferta de compraventa de la vivienda. Segundo.- 1) Es probado y así se declara que habiendo marchado D. Carlos Antonio el día 17-2-06 a pasar el fin de semana fuera de Huelva, quedando a su hermano D. José Carlos al cuidado y vigilancia de la vivienda, el segundo estuvo en la misma el día 18-2-06 por la tarde hallándola en perfecto estado, inclusive la puerta de acceso. 2) Es probado y así se declara que sobre las 10:30 horas del día 19-2-06 la acusada Regina (mayor de edad por nacida el día 8-2-85, con DNI...), su madre, la acusada María Esther (mayor de edad por nacida en fecha 2-3-50, con DNI...) y su suegra la acusada Isabel (mayor de edad por nacida el día 14-7-38, con DNI...), *las tres sin que al día 17-1-07 les consten anotados antecedentes penales, puestas previamente de acuerdo, y para que la acusada Regina se fuera a vivir a dicha vivienda junto a su marido Adolfo, ellas solas o en unión de alguna otra persona con ellas concertada rompieron la cerradura de la puerta de entrada a la vivienda sita en C/ ... de Huelva, logrando así penetrar en la misma donde procedieron a ocuparla para ser habitada, impidiendo sobre las 11:00 horas del mismo día a D. José Carlos entrar en la vivienda poseída por su madre y hermano. Es probado que durante los 2 ó 3 días siguientes las tres acusadas limpiaron la vivienda y llevaron mobiliario a la misma, tras lo cual las acusadas Isabel y María Esther se marcharon quedando habitando la vivienda la acusada Regina.* 3) Al ser ocupada la vivienda por las acusadas, contaba la misma con nevera, termo, aparato de televisión, dos camas (con sus colchones, sábanas y mantas), mobiliario de comedor y armarios. Al permanecer hasta la fecha del juicio oral la acusada Regina y su marido en la ocupación continuada de la vivienda no se ha podido constatar el estado de conservación de la misma ni si dicha acusada y su marido han causado otros desperfectos en la vivienda ni el estado actual y destino del mobiliario de la misma. Asimismo, al ocupar la vivienda, en la misma se encontraba diversa documentación de Dª Carmen, entre ella documentación sobre una cuenta bancaria de la misma en la entidad El Monte, cuenta en la que en fecha 5-9-06 se han efectuado tres cargos de 23,39 €, 24,86 € y 33,21 €, en concepto de importes de facturas emitidas por la empresa Endesa de Electricidad por suministro a la vivienda sita en C/... de Huelva. A causa de que la acusada Regina y su marido ocuparon y siguen ocupando la vivienda, D. Carlos Antonio, por carecer de otra morada, se ha visto obligado a residir en una Residencia para mayores.", y que termina con la parte dispositiva siguiente: "Fallo: *Que debo condenar y condeno a la acusada Regina como autora material y a las acusadas María Esther y Isabel como cómplices de un delito de usurpación de inmueble, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*, a las siguientes respectivas penas: 1º) A la acusada Regina a la de multa de 3 meses con cuota diaria de 2 € (ascendiendo su importe total a 180 €) con 45 días de responsabilidad personal subsidiaria caso de su impago, previa excusión de sus bienes. 2º) A las acusadas María Esther y Isabel, a cada una pena de multa de 2 meses y 20 días con cuota diaria de 2 € (ascendiendo su importe total a 160 €) con 40 días de responsabilidad personal subsidiaria caso de su impago, previa excusión de sus bienes. Asimismo, condeno a cada acusada a abonar un tercio de las costas procesales causadas. En materia de responsabilidad civil condeno a las tres acusadas a abonar solidariamente a Dª Carmen las cantidades que en fase de ejecución de sentencia se fije por los conceptos indemnizatorios contenidos en el Fundamento de Derecho Sexto, puntos 1º y 2º. Asimismo condeno a la acusada Regina a abonar a Dª Carmen la cantidad de 81,46 € como importe de electricidad disfrutada por dicha acusada y cuya factura se abonó en fecha 5-9-06 en cuenta bancaria de titularidad de la Sra. Carmen, más la cantidad que se fije en fase de ejecución de sentencia como importe de cualquiera otros suministros de electricidad, agua o gas que desde febrero de 2006 haya disfrutado la acusada Regina y se haya abonado a cargo de cuenta bancaria de la Sra. Carmen. Acuerdo que la acusada Regina y cualquier otra persona que ocupe ilegítimamente la vivienda sita en C/... de Huelva, la desaloje inmediatamente, entregando las llaves de acceso a la misma, procediéndose a su lanzamiento con auxilio policial de no proceder al inmediato desalojo voluntario. Firme que sea la presente dedúzcase testimonio de la misma, del acta del juicio, de los folios 2, 18 y 22 y de la documental aportada en el acta del juicio, y remítase al Juzgado Decano de Huelva para su reparto entre los Juzgados de Instrucción de Huelva a fin de depurar la

3.- Problemática concursal en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles

El Código Penal español prevé en los artículos 73 a 79 unas soluciones penológicas específicas para la aplicación de las penas correspondientes a los responsables de varios delitos¹²⁵².

responsabilidad penal en que haya incurrido la acusada Regina y su marido Adolfo por posible delito de estafa y contra el segundo por su posible participación en la ocupación ilegítima de la vivienda sita en C/... de Huelva"... En la Sentencia con acierto se abordan aspectos esenciales de este tipo delictivo y así ciertamente no todo acto perturbador de la posesión puede subsumirse en el ámbito del artículo 245.2 del Código Penal, solo las ocupaciones de bienes inmuebles en las que de un modo claro y terminante se deduce la voluntad del sujeto activo de ejercitar de modo permanente derechos posesorios sobre el inmueble merecen el reproche penal en él contemplado. Y estos requisitos concurren plenamente en los hechos que enjuiciamos en donde también con acierto se distingue entre un grado de participación a título de autor y a título de cómplice. En definitiva pues la Sentencia de Instancia debe calificarse como acertada tanto en su formulación dogmática como en la valoración de la prueba practicada".

¹²⁵² Los artículos 73 a 79 integran la Sección 2ª "Reglas especiales para la aplicación de las penas", del Capítulo 2 "De la aplicación de las penas", del Título III "De las penas", del Libro I "Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal", del Código Penal. Dispone el Artículo 73: "*Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas*". "Hay concurso real [de delitos] cuando el sujeto ha realizado varias acciones cada una de las cuales por separado es constitutiva de un delito: hay tantas acciones como delitos". RODRÍGUEZ DE VESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Pág., 848. "Concurso real de delitos, en el que el Derecho antiguo seguía, normalmente, un sistema de acumulación material, para el cumplimiento de todas las penas correspondientes a los delitos o faltas cometidos, que en el Derecho moderno suele rechazarse, al menos en su forma pura, proponiéndose, si no un sistema de absorción, en que las penas menores son absorbidas por las más graves, sí un sistema de exasperación o incremento de la pena más grave o bien el de acumulación jurídica, que, partiendo de la acumulación material, establece un tope. En el Código se sigue un sistema mixto: acumulación material en los arts. 73 y 75, y acumulación jurídica en el 76. Con arreglo a la clasificación de las penas que realiza el art. 32, no cabe el cumplimiento simultáneo de dos penas privativas de libertad, pero sí de éstas con las privativas de otros derechos, de éstas últimas entre sí y de la multa con unas y otras". LUZÓN CUESTA, J.Mª.: << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 73 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Pág., 151. Dispone el Artículo 74.- "*1.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 2.- Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. 3.- Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*". "Siguiendo el ejemplo del Código Penal de 1928, y sobre la base del Proyecto de 1980, el anterior art. 69 bis CP introducido en 1983 confirió base legal a la construcción jurisprudencial del delito continuado mediante su regulación expresa. El actual art. 74 mantiene un texto ampliamente coincidente... El delito continuado constituye otra construcción de la doctrina y la

jurisprudencia... para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por sí solos delictivos y no producidos en forma de "unidad natural de acción", como parte de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de "unidad jurídica de acción". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general...* Op. cit., Págs., 652-653. "Al llamado delito masa... se refiere de modo inequívoco... el párrafo final del nº 2, al mencionar "a una generalidad de personas". Se castiga así adecuadamente al sujeto que realiza una puesta en escena, en ejecución de un designio criminal único, encaminada a defraudar a una masa de personas... mediante "una misma acción, o varias repetidas pero homogéneas, dirigidas a aquel grupo de personas que se encuentran en una determinada situación a quienes se embaucan con el mismo artificio"... acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito o falta". LUZÓN CUESTA, J.Mª.: << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 74 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Pág., 154. El Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 30 de octubre de 2007 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación al delito continuado y los delitos patrimoniales: "Único asunto: Conclusión del primer punto de la anterior Sala General, de fecha 18 de julio de 2007, relativo a la unificación de criterios en torno a la penalidad del delito continuado de estafa y apropiación indebida. Acuerdo: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración". *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013*. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 33. Dispone el Artículo 75.- "Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible". Establece el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 15-9-2005, nº 1003/2005, rec. 1136/2004, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2005/144807), que "con arreglo a la clasificación de penas que realiza el art. 32 CP no cabe el cumplimiento simultáneo de las penas privativas de libertad... En el Código se sigue un sistema mixto: acumulación material en los arts. 73, 75 y acumulación jurídica, del art. 76". Dispone el Artículo 76.- "1.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis. 2.- La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar". Establece el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 15-9-2005, nº 1003/2005, rec. 1136/2004, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2005/144807): "En el Código se sigue un sistema mixto: acumulación material en los arts. 73, 75 y acumulación jurídica, del art. 76, en cuanto, partiendo de la acumulación material establece un doble tope: triple de la más grave, sin exceder de 20 años, aunque este último límite admite determinadas ampliaciones expresadas bajo las letras a), b), c) y d)... Dicho límite opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley como son la libertad condicional, permisos de salida, clasificación en tercer grado... Es cierto que la doctrina de esta Sala (SS. 1249/97 de 17.10; 11/98 de 16.11; 109/98 de 3.2; 216/98 de 20.2; 328/98 de 10.3; 1159/2000 de 30.6; 649/2004 de 12.5, entre otras) ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que exigen los arts. 988 LECrim y 76 CP para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad "temporal", es decir que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Teniendo en cuenta que el art. 988 LECrim dispone que la acumulación se realizará por el Juez o Tribunal que hubiese dictado la última sentencia, ello implica que

son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a esta última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso. Conforme a nuestra doctrina, en principio, deben únicamente excluirse: 1º) Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación. 2º) Los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación, cuando ésta no sea la última. Y ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso. Es decir, aun cuando nuestra doctrina acoge este criterio favorable al reo en lo que se refiere a la práctica superación del requisito de la analogía o relación entre los delitos, criterio que se inspira en el principio constitucional de humanización de las penas, ello no quiere decir, como a veces se entiende equivocadamente en determinados recursos, que la acumulación jurídica de penas carezca de límite temporal alguno o que la invocación genérica de dicho principio constitucional permita superar también los límites temporales anteriormente señalados. Y ello no es así pues constituye un requisito legal ineludible, fundado en poderosas razones de tutela de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, el requisito temporal que es el que determina la imposibilidad de acumular penas impuestas por delitos que ya estuviesen sentenciados cuando se cometió el delito que dio lugar a la sentencia que delimita la acumulación, pues es claro que dichos delitos en ningún caso hubiesen podido ser juzgados conjuntamente. Como señalan, entre otras, las sentencias números 328/98, de 10 de marzo, 1586/98, de 21 de diciembre y 754/2000, de 8 de mayo, lo que pretendía el art. 70.2 "in fine" (y hoy reitera el art. 76.2 del Código Penal de 1995) es que a todos los supuestos de concurso real de delitos se les dé el mismo tratamiento, con independencia de que los hechos se hayan enjuiciado o no en un mismo proceso, siempre que el enjuiciamiento conjunto hubiese sido posible, pero no constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad, para los delitos futuros, es decir los que puedan cometer después del cumplimiento de su condena, o durante la misma tanto en caso de quebrantamiento como de delitos ejecutados durante los permisos o en el interior de la prisión". Dispone el Artículo 77.- *"1.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. 2.- En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. 3.- En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior"*. "El llamado por la doctrina y jurisprudencia "concurso ideal", regulado en este artículo, en oposición al denominado "concurso real", de los arts. 73, 75 y 76, consta de dos hipótesis o modalidades, la "pluriofensiva", cuando un solo hecho constituya dos o más delitos, y la "medial", instrumental o teleológica, la cual se da cuando un delito sea medio o necesario para cometer otro, acudiendo el legislador, para la punición de esas plúrimas conductas, primordialmente, a criterios de absorción (la pena correspondiente al delito más grave en su... mitad superior) y, subsidiariamente, en tanto en cuanto esa solución sea perjudicial para el reo, a principios de acumulación matemática, esto es, sancionando los delitos separadamente". LUZÓN CUESTA, J.Mª.: << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 77 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Págs., 158-159. "En el concurso ideal la acción puede infringir varios preceptos penales distintos (concurso ideal heterogéneo) o el mismo precepto varias veces (concurso ideal homogéneo) pero, a diferencia de lo que sucede en el concurso de leyes, sólo aplicando todos ellos se capta por completo el contenido de desvalor del hecho: no hay una única infracción a la que pueden aplicarse distintas disposiciones, sino una única acción que da lugar a varias infracciones. Ejemplo: La explosión de una única bomba que mata a tres personas da lugar a un concurso ideal homogéneo de tres asesinatos del CP art.139; mientras que la lesión causada a una autoridad o a sus agentes o a un funcionario público da lugar a un concurso ideal heterogéneo entre un delito de lesiones de los arts. 147 y ss. CP y otro de atentado del CP art. 550 y ss. En algún caso se ha propuesto aplicar concurso real y no ideal cuando una única acción da lugar a varios resultados típicos (por ejemplo, en el caso reseñado de la bomba que causa tres muertes), pero tal solución no parece compatible con la letra del CP art. 77, por más que materialmente pudiera ser adecuada". MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 10.- Concurso de leyes y de delitos >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 335. Pese a

ello, y aunque la redacción del artículo 77.1 CP no ha sufrido modificación tras la reforma del CP operada por la LO 1/2015, el Tribunal Supremo en Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 20 enero de 2015 (EDJ 2015/118149), dispensa el tratamiento propio del concurso real a los ataques contra la vida realizados a partir de una única acción cuando no haya una regla penológica especial, al acordar que: “La concurrencia real de una pluralidad de resultados realizados por la única acción en los supuestos de dolo eventual. Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido el resultado, realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v. gr. 382 del CP)”. En el CP de 1995, antes de la reforma de 2015 el concurso medial tenía el mismo tratamiento penológico que el concurso ideal. Tras la reforma, “el Legislador pretende romper con el sistema precedente y deja sin efecto la asimilación del concurso medial al ideal a efectos penológicos. La filosofía que parece subyacer es la de dar al concurso medial un tratamiento más severo que el establecido para el concurso ideal pero no tan riguroso como el del concurso real... El Legislador de 2015 opta por diseñar un sistema para determinar la pena aplicable al concurso medial que pivota en torno a una pena híbrida que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la prevista para el delito más grave, umbral que habrá de ser excedido en la concreción final) y un máximo (la suma de las penas concretas que se hubieran impuesto a los delitos de haberse castigado por separado, límite que no podrá ser sobrepasado). Una vez establecido el mínimo y el máximo, este marco cuantitativo constituirá una nueva pena, a la que habrán de aplicarse los criterios del art. 66, como mecanismo final de individualización a fin de abarcar el desvalor total del complejo concursal”. *Circular 4/2015, de 13 de julio de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos*. Págs., 12-13. “El art. 77.3 CP no remite a la pena superior en grado, sino a “una pena superior a la que habría correspondido”. Esta pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de las penas concretas imponibles por los delitos en concurso”. *Circular 4/2015, de 13 de julio de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos*. Pág., 23. Dispone el Artículo 78.- “1.- Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. 2.- En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena”. “El artículo... limita, respondiendo sin duda a una demanda social, el favorable trato que el sistema de acumulación jurídica del art. 76 representa en los casos de concurso real... [tratando] de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos”. LUZÓN CUESTA, J.Mª.: << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 78 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Pág., 161. *Vid.*, CUERDA RIEZU, A.: << El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VII/2006. Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Año, 2006. Págs., 1-58. Introducido por la LO 1/2015, dispone el Artículo 78 bis.- “1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento: a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años. b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años. c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido

Esas normas fijan los criterios a seguir en la determinación de la pena correspondiente “al responsable de dos o más delitos o faltas” (art. 73), estableciendo

*por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más. 2.- En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido: a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior. b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior. 3.- Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero”. “En consonancia con la introducción de la nueva pena de prisión permanente revisable, y con lo dispuesto en el artículo 36, este artículo, introduce un periodo de cumplimiento efectivo mínimo cuando el penado lo haya sido por varios delitos, siendo al menos uno de ellos castigado con pena de prisión permanente revisable y otro u otros con pena grave de prisión, fijándose unos tiempos mínimos de internamiento antes de obtener la clasificación a tercer grado, y además, otros tiempos mínimos, para poder acceder a los beneficios de suspensión de la ejecución del resto de la pena”. LUZÓN CUESTA, J.Mª.: << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 78 bis >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MARCHENA GÓMEZ, M., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 15ª edición, Madrid, 2015. Pág., 165. Dispone el Artículo 79.- “Siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas”. “El carácter imperativo del artículo en relación con los arts. 54 a 56, pero no con el 57, obliga a la imposición aunque no lo hayan solicitado expresamente las partes, y su no aplicación supone infracción de ley, corregible, por lo que al recurso de casación se refiere”. LUZÓN CUESTA, J.Mª.: << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 79 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010. Pág., 161. Establece el Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 16-2-1988, nº 17/1988, BOE 52/1988, de 1 de marzo de 1988, rec. 1060/1986, Pte: López Guerra, Luis (EDJ 1988/333): “Queda, por tanto, así acotada la vinculación del juzgador por el principio acusatorio, tal como resulta de los mandatos constitucionales, a los hechos objeto del debate y a su calificación jurídica, asimismo dentro de los términos del debate procesal. Pero esta vinculación, si bien impide que la resolución judicial imponga una pena mayor que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide que, dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal incriminado, el juzgador remedie errores de la acusación (si ésta ha omitido pedir penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión, o ha pedido penas inferiores a las realmente correspondientes) e imponga penas superiores a la solicitada por el Fiscal cuando ello no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso. Pues el Juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito, siempre que, como se dijo, la calificación como tal de unos hechos, y los hechos mismos, hayan sido objeto del correspondiente debate”. El Acuerdo no jurisdiccional de unificación de criterios de 27 de diciembre de 2007 del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación al olvido de solicitud de la pena legal: “Primer asunto: Imposición de pena prevista en la ley y omitida por la acusación. Acuerdo: “El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”. Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013. Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo. Pág., 34.*

como excepción en el art. 77, “el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos”, o “cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”. Es decir, se regula lo que se conoce, doctrinal y jurisprudencialmente, como concurso real, ideal y medial, respectivamente. La diferencia entre ellos bascula en la idea de “hecho” expresada por el legislador, de modo que cuando el sujeto cometa varios hechos constitutivos de otras tantas infracciones se aplicará la disciplina del *concurso real*, y si realiza un solo hecho, pero que completa varios tipos regirán las normas del *concurso ideal*. Estas últimas disposiciones eran procedentes, hasta la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, en el denominado *concurso medial*, o sea, cuando las infracciones constituidas por hechos distintos, se hallen sin embargo en relación de medio a fin, de modo que una de ellas haya sido el cauce necesario para conseguir la otra. Desde la referida reforma el Legislador ha dejado sin efecto la asimilación del concurso medial al ideal a efectos penológicos¹²⁵³.

¹²⁵³ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 1-10-2015, nº 539/2015, rec. 279/2015, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2015/176364): “Asimismo dentro del concurso de delitos se debe distinguir entre el *concurso ideal* propiamente dicho que presupone la existencia de una unidad de acción que puede ser subsumida bajo más de un tipo penal en sentido objetivo y se produce no solo en el caso de que el acto único produce un único resultado pero varias violaciones jurídicas, sino también en el caso de que un mismo acto produzca varios resultados, ya homogéneos, ya heterogéneos y el concurso medial (concurso ideal impropio, cuando se comete un hecho delictivo como medio necesario para cometer otro. Concurso medial, también conocido como teleológico o instrumental; que es una modalidad del concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos) sancionado como si se tratase de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos) (SSTS. 1632/2002 de 9.10, 123/2003 de 3.2, 590/2004 de 6.5, 919/2004 de 12.7). Es decir se trata de un concurso real en el que la pena única total del hecho excepcionalmente no se rige por el principio general de la acumulación, con los límites previstos en el art. 76, sino por la regla específica que establece el art. 77.1. La justificación político criminal de este sistema es altamente dudosa, dado que no se explica por qué razón cometer un delito para favorecer la comisión de otro debe ser menos punible que cometer más de un delito sin conectarlos medialmente entre ellos, supuesto en el que es aplicable el art. 73 CP. Por ello el fundamento de tal asimilación punitiva de que un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, puede encontrarse en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción” (STS 123/2003, 3 de febrero; 474/2004, 13 de abril y 590/2004, 6 de mayo)”. Establece FGE, en relación al concurso medial: “En el CP de 1995, antes de la reforma de 2015 el concurso medial tenía igualmente un tratamiento penológico equiparado al concurso ideal, estableciendo el art. 77.2 CP que en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. En el apartado tercero se disponía que cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado... La justificación era clara: se entendía que cuando se cometen varios delitos con esa relación medial, la reacción penal ha de ser más intensa que si se hubiera cometido un solo delito pero menos intensa que si se hubieran cometido varios sin relación entre sí, supuesto en el que se sigue el sistema de acumulación jurídica de los arts. 75 y 76 CP. Se consideraba procedente refundir las individualidades delictivas concurrentes por aparecer como meras fases de un solo proceso delictivo. En palabras de la STS nº 123/2003, de 3 de febrero, “parece que el fundamento de tal asimilación punitiva, de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción”. Para la STS nº 504/2003, de 2 de abril, “el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo

A su vez, el concurso de delitos ha de distinguirse de la figura comúnmente designada como *concurso de leyes o concurso de normas* (o concurso “aparente” de leyes o de normas). El artículo 8 del Código Penal establece que “los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas”. De esta forma, el texto punitivo parece indicar que aunque en la ordenación del Código figura primero el llamado concurso de leyes, son preferentes las reglas del concurso de delitos, de suerte que antes de aplicar las reglas del artículo 8 habría que descartar la existencia de un concurso de delitos¹²⁵⁴.

radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción"... Siguen siendo pues, aplicables, los criterios jurisprudencialmente consolidados para determinar cuándo nos encontramos ante un concurso medial. Debe partirse de que en el concurso medial no hay un solo hecho sino dos perfectamente diferenciados, pero interconectados en una relación teleológica de medio a fin, relación de necesidad que debe ser entendida en un sentido concreto y taxativo, no bastando el plan subjetivo del autor sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito que esté tipificado como tal de forma independiente. La dificultad para determinar la existencia del concurso medial estriba en dar un concreto contenido a la expresión "medio necesario" que exige el presupuesto del concurso. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido aquilatando los supuestos... La voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación entre los delitos sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o a la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes (SSTS nº 336/2014, de 11 de abril, 504/2003, de 2 de abril). La STS nº 1632/2002, de 9 de octubre, con cita de otras, afirma que "la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos" aunque "tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea". Parece que un criterio seguro para la determinación de la "necesidad" es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así, cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental (STS nº 504/2003, de 2 de abril). En todo caso el requisito de que el primer delito sea un medio necesario para cometer otro no significa que deba ser absolutamente imprescindible para la comisión del segundo". *Circular 4/2015, de 13 de julio de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos*. Págs., 3-6.

¹²⁵⁴ “El problema de la "unidad de ley" o "concurso aparente de normas penales" se sitúa sistemáticamente en la teoría de la interpretación de la ley penal. Se trata de hipótesis en las que un mismo supuesto fáctico es, en principio, reconducible a diversas normas penales, pero del análisis de la conexión existente entre ellas se concluirá la suficiencia de una sola (ley preferente) para colmar el contenido desvalorativo de aquel supuesto. Si junto a la ley preferente se aplicara alguna otra de las formal y aparentemente concurrentes estaríamos conculcando el principio "non bis in idem". Ello frente a lo que sucede en el concurso de delitos, que reclama la aplicación conjunta de todos los tipos concurrentes en orden a la valoración exhaustiva del hecho concreto”. SANZ MORÁN, A.J.: << El concurso de delitos en la reforma penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995. Págs., 3-4. “La distinción conceptual entre el concurso de leyes y el concurso de delitos, sea ideal o real, parece relativamente simple. En el primero hay uno o varios hechos que

No obstante, pese a la dicción literal del artículo 8 del Código Penal, es razonable entender que las normas del concurso de delitos rigen sólo después de haber rechazado la presencia de un concurso de leyes, en tanto éste lleva a apreciar una sola infracción. En cualquier caso, es patente la labor del intérprete a la hora de discernir la existencia de uno u otro concurso. Si a sus ojos es necesario aplicar varios tipos penales para sancionar el total desvalor de la conducta estaremos ante un concurso de delitos o de infracciones. Por el contrario, cuando un solo tipo abarque completamente el injusto, el concurso será de leyes o de normas. En este caso, aunque el hecho parece inicialmente encuadrable en varios preceptos, en la medida en que con uno de ellos se cubre por entero el contenido antijurídico, no podrán aplicarse los demás, por cuanto ello supondría, como ha reiterado la doctrina, una palmaria vulneración del principio *non bis in idem*. Será el artículo 8 del Código Penal el que nos dirá cuál de las normas aparentemente idóneas debe prevalecer¹²⁵⁵.

constituyen un solo delito, mientras que en el segundo hay también uno o varios hechos, según sea ideal o real, que constituyen dos o más delitos conjuntamente estimables. De ahí que la naturaleza de ambas clases de concursos sea diversa: en los de delitos el autor vulnera mediante una misma acción varias leyes penales o varias veces la misma ley penal (concurso ideal) o comete varios hechos punibles independientes (concurso real) y el problema que se plantea es de determinación del marco penal, esto es, de decidir si han de ser o no impuestas al agente todas las penas correspondientes a los varios delitos cometidos. En cambio, el concurso de leyes pertenece al campo de la interpretación, dentro de la teoría de la norma, pues de lo que trata es de averiguar cuál sea la ley preferente entre las varias aparentemente aplicables a un supuesto de hecho, exactamente igual que en cualquier caso de conflicto normativo. Sin embargo, en los casos concretos es a veces muy difícil distinguir el concurso de leyes del de delitos, especialmente en la modalidad de concurso ideal propio (el medial de delito medio necesario para cometer otro es en realidad un supuesto de concurso real tratado legalmente -art. 71, párrafo primero, último inciso del Código Penal-, como ideal), cuando un solo hecho es subsumible en dos o más preceptos penales; la clave diferenciadora será si son necesarios todos ellos para aprehender el desvalor del hecho, en cuyo caso habrá concurso ideal de delitos, mientras que existirá concurso de leyes siempre que una de las respectivas figuras delictivas tome plenamente en consideración, a efectos penales, los varios ataques a bienes jurídicos, típicamente relevantes, propios de la conducta sometida a juicio. En el propio sentido se manifiesta la Jurisprudencia. Presentan especial dificultad de diferenciación los casos de delitos *sui generis*... En conclusión, para que exista concurso de leyes es requisito necesario que uno o varios hechos sean incluíbles en varios preceptos penales, de los que sólo uno pueda aplicarse. Debe hacerse constar, no obstante, que un sector doctrinal sostiene la teoría de la llamada unidad de hecho o de acción, según la que el supuesto al que van referidos los varios preceptos ha de estar constituido por un único hecho. Sin embargo en la actualidad la mayor parte de los autores entiende que no es necesario que se trate de un mismo hecho y admite, en consecuencia, dentro del concurso de leyes los supuestos de copenado hecho posterior y hecho acompañante típico... La jurisprudencia, adscrita anteriormente a la tesis de la unidad de hecho, admite en la actualidad el concurso de leyes con pluralidad de hechos". BÉJAR GARCÍA, F.J.: << Concurso de leyes en Derecho Penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995. Págs., 1-2.

¹²⁵⁵ Vid., ROIG TORRES, M.: *El concurso ideal de delitos*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Págs., 19-21. En relación a la problemática concursal, Vid., SANZ MORÁN, A. J.: << Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995 >> en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío Sanz. Tomo I*. CEREZO MIR, J. (COORD.). Ed. Comares. Granada, 1999. Págs., 505-521; ESCUCHURI AISA, E.: *Teoría del concurso de*

Sostiene el Tribunal Supremo que “La doctrina científica y jurisprudencia son constantes en considerar que el *concurso de leyes* se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos

leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica. Ed. Comares. Granada, 2004; CASTELLÓ NICÁS, N.: *El concurso de normas penales.* Ed. Comares. Granada, 2000; GARCÍA ALBERO, R.: “*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales.* Ed. Cedecs. Barcelona, 1995; CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: << Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995. Págs., 1-14; TORRES-DULCE LIFANTE, E.: << El concurso ideal de delitos: Una aproximación doctrinal y jurisprudencial >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995. Págs., 1-47; CALDERÓN CEREZO, A.: << El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995. Págs., 1-37; COBO DEL ROSAL, M.: << Sobre el delito continuado. (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales) >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995. Págs., 1-19; CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: << Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: una reforma necesaria >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. X/2006. Las últimas reformas penales II. Año, 2006. Págs., 1-34; CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: << La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos. (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997) >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 49. Primer trimestre, 1998. Págs., 271-296; POLAINO NAVARRETE, M.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo II... Op. cit.*, Págs., 251-271; COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 171-182 y 763-790; RODRÍGUEZ DEvesa, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 194-205 y 847-870; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte General... Op. cit.*, Págs., 155-156 y 575-583; MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010. Págs., 463-473; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general... Op. cit.*, Págs., 647-668; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: << Capítulo 10.- Concurso de leyes y de delitos >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011.* MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 329-338; COBO DEL ROSAL, M.: << Segunda Parte.- Las fuentes directas de producción del Derecho Penal. Conflicto aparente de leyes penales >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General.* COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Págs., 78-82; SÁNCHEZ DOMINGO, B.: << Cuarta Parte. Concurso de delitos >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General.* COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Págs., 201-210. Dispone el artículo 8 CP: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1ª.- El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2ª.- El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3ª.- El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4ª.- En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”. Este artículo se limita a recoger los cuatro criterios (especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad) que fijaba el Tribunal Supremo para su resolución. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-5-1990, Pte: Vivas Marzal, Luis (EDJ 1990/5310): “Cuando un único comportamiento o una sola conducta, es susceptible de incardinación en distintos o diversos preceptos penales, se produce el fenómeno denominado concurso de leyes o conflicto aparente de leyes, cuyo concurso o conflicto, se resuelve o dirime, bien acudiendo al criterio de la especialidad *lex specilis derogat legi generali*, bien mediante el principio de la absorción *lex consumens absorbet lex consumpta*, bien merced al criterio de la subsidiariedad *ubi maior, minor cessat*, bien, finalmente, a virtud del principio de la gravedad o de la alternatividad”. SANZ MORÁN aboga por la supresión del artículo 8 del Código Penal, así como por la reducción al mínimo imprescindible de las cláusulas concursales contenidas en la parte especial del Código Penal “dejando al arbitrio del juzgador y a las normas generales de la interpretación la determinación de cuándo existe una infracción singular y cuándo estamos, por el contrario, ante una hipótesis concurso efectivo de delitos”. SANZ MORÁN, A.J.: << Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal >> en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; Y MARTÍNEZ GUERRA, A. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág., 225.

tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del *concurso ideal de delitos*, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (STS. 1424/2005, de 5.12, 1182/2006, de 29.11, 1323/2009 de 30.12).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

En definitiva, como recuerda la STS 342/2013 de 17.4, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo)¹²⁵⁶.

¹²⁵⁶ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 1-10-2015, nº 539/2015, rec. 279/2015, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2015/176364).

Teniendo presente lo expuesto analizaremos tanto la relación entre las distintas modalidades usurpatorias entre sí, como los posibles concursos de leyes y de delitos que puedan plantearse.

3.1.- Usurpación pacífica y restantes modalidades usurpatorias

En cuanto a la relación de las distintas modalidades de usurpación entre sí, la usurpación violenta o intimidatoria (art. 245.1 CP) es preferente frente a las pacíficas, incluidas las de los artículos 246 y 247 del Código Penal, sin que pueda haber un concurso ideal de delitos entre ellas¹²⁵⁷.

¹²⁵⁷ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 212. “El art. 245.1 CP guarda estrecha relación con el art. 172 CP, por cuanto que ambos requieren el empleo de violencia, pero con independencia del distinto alcance que se otorgue a la misma en uno u otro delito, creemos que la diferencia entre la usurpación violenta y las coacciones estriba en el diferente contenido de injusto de cada uno. En las coacciones lo que se protege es simplemente la libertad de obrar, en la usurpación además el patrimonio inmobiliario. Por eso consideramos que la relación entre ambos es la de un concurso aparente de leyes penales a resolver por especialidad a favor de la usurpación. La LO 5/2010 permite afianzar esta conclusión, por cuanto que antes la aplicación del art. 245.1 CP en vez del 172 CP podía suponer un privilegio injustificado, en función de las penas previstas (multa en uno frente a prisión en otro). Ahora con la previsión de una pena de prisión de uno a dos años el privilegio ya no es tal. Aunque el art. 172 sigue teniendo un máximo de hasta tres años, el mínimo es mayor en el art. 245.1 CP y además la usurpación violenta siempre es constitutiva de delito. Creemos que no se trata, por tanto, de un delito exclusivamente patrimonial y que la usurpación es un delito pluriofensivo. Esta conclusión entendemos que vendría avalada también por la cláusula concursal del art. 245.1 CP, según la cual habría ciertos aspectos del ataque a la libertad que quedarían absorbidos por el delito de usurpación”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 212. “Una de las cuestiones más difíciles de resolver es la que se refiere al concurso con el delito de coacciones, dado que la modalidad delictiva [del art. 245.1] parece un subtipo de aquella que se sanciona más levemente a pesar de que existe unanimidad en interpretar el término violencia en la usurpación en sentido propio (lo que conlleva mayor gravedad), mientras que en las coacciones se admite el uso de violencia impropia. Un sector de la doctrina entiende que sería de aplicación preferente el delito de coacciones (Huerta Tocildo), mientras que otro sostiene que la usurpación es ley especial (Vives Antón, González Rus). En mi opinión, esta es la solución más correcta dado que también los ataques a la propiedad implican un atentado a la libertad, aunque no de carácter absoluto sino referido al uso y disposición sobre los objetos, siendo este dato el que puede servir a fundamentar la menor pena con la que se sanciona”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 433. Se regula la usurpación propia o violenta en el artículo 245.1 CP, que dispone: “Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”. La alteración de términos o lindes en el artículo 246 CP, cuya redacción es del tenor literal siguiente: “1.- El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses. 2.- Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”. Y la distracción del curso de las aguas en el artículo 247 CP: “1.- El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con

3.2.- Usurpación pacífica y concurso de leyes

3.2.1.- ALLANAMIENTO DE MORADA

NOGUEIRA GANDÁSEGUI sostiene que existen suficientes elementos comunes con el delito de allanamiento de morada, pues, la conducta puede ser externamente igual; si bien, se da una relación de especialidad del artículo 8.1 del Código Penal entre ambos delitos, allanamiento de morada y usurpación pacífica. Ello supone la aplicación del precepto especial (allanamiento) con preferencia al general (usurpación), por cuanto que el delito de los artículos 202 a 204 contiene un elemento diferenciador, que el objeto material sea la morada del sujeto pasivo, lo que le confiere unos perfiles propios¹²⁵⁸.

Frente a esta postura, y aunque se llega a la misma conclusión práctica, la generalidad de la Doctrina y Jurisprudencia afirma que aunque la modalidad violenta o intimidatoria pueda entrar en concurso ideal con el delito de allanamiento, si la vivienda constituye morada¹²⁵⁹; la modalidad pacífica (art. 245.2 CP), por expresa previsión legal, “que no constituya morada”, *es imposible que entre en concurso con el allanamiento*¹²⁶⁰.

la pena de multa de tres a seis meses. 2.- Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”.

¹²⁵⁸ NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 135. Dispone el artículo 202 CP: “1.- El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2.- Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”. El Código Penal no ofrece un concepto de morada. Éste ha de configurarse de acuerdo con las aportaciones de la doctrina científica y de la jurisprudencia, partiendo de la idea básica de que el concepto jurídico-penal de morada es una noción de hecho más que de derecho. Puede definirse como espacio cerrado, o en parte abierto, separado del mundo exterior, en condiciones tales que hagan patente la voluntad de los moradores de excluir de él a terceras personas; además ese espacio debe estar destinado al desarrollo de actividades propias de la vida privada y su uso debe ser actual y legítimo Vid., SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia...* Op. cit., Págs., 868-873; SUÁREZ MONTES, R.F.: *El delito de allanamiento de morada. Separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1968. Págs., 9-14; JORGE BARREIRO, A.: *El allanamiento de morada...* Op. cit., Págs., 44-59; SANZ MORÁN, A.J.: *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público...* Op. cit., Págs., 44-47.

¹²⁵⁹ Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-9-2005, nº 395/2005, rec. 5257/2005, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2005/244096); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, A 11-5-2006, nº 419/2006, rec. 114/2006, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2006/95710); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, A 30-4-2008, nº 37/2008, rec. 297/2006, Pte: López Chacón, María Jesús (EDJ 2008/60274); Audiencia Provincial de

Valladolid, sec. 4ª, S 16-10-2015, nº 331/2015, rec. 802/2015, Pte: Ruiz Romero, José Luis (EDJ 2015/203578): “Nada impide entender que el precepto no distingue entre ocupación temporal y definitiva, con intención de apropiación; y resulta más coherente metodológicamente discernir las siguientes hipótesis, con un tratamiento distinto según el bien jurídico comprometido: a) El allanamiento de morada, sin propósito expropiativo, se tipifica y castiga en el artículo 202 del Código Penal, como un delito contra la inviolabilidad de domicilio. b) La ocupación expropiativa violenta o intimidativa de un bien inmueble o de un derecho real inmobiliario se tipifica y sanciona como delito contra la propiedad en el apartado 1 del artículo 245, en concurso ideal con el anterior, si se tratase de una morada ajena. c) La ocupación no violenta de un bien inmueble que no constituya morada, cualquiera que sea su finalidad, se tipifica y castiga por el artículo 245.2 como un delito contra la pacífica posesión de aquél”.

¹²⁶⁰ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 212; MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*... *Op. cit.*, Pág., 89. “El allanamiento de morada, sin propósito expropiatorio, se tipifica y castiga en el art. 202 CP, como un delito contra la inviolabilidad del domicilio... La ocupación expropiatoria violenta o intimidatoria de un bien inmueble o de un derecho real inmobiliario, se tipifica y sanciona como un delito contra la propiedad en el apartado 1 del art. 245, en concurso ideal con el anterior, si se tratase de una morada ajena”. LLOP CUENCA, P.: << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*... Pág., 2. “Debe caracterizarse como concurso ideal, al igual que los casos en que concurra la usurpación del art. 245.1 CP con el allanamiento de morada del art. 202.2 CP o la entrada en el domicilio de una persona jurídica, etc., prevista en el art. 203.2 CP”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 13. “El apdo. 2 del precepto penal estudiado exige que los bienes no constituyan morada. Esto no significa que los del apdo. 1 necesariamente tengan que serlo, sino que pueden darse ambas posibilidades. Ahora bien, caso de que además se diera esa circunstancia nos encontraríamos ante un concurso ideal con el delito de allanamiento de morada”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Revista Sepin*... *Op. cit.*, Pág., 3. “Exige que no constituya morada, pues en tal caso estaríamos ante un delito de allanamiento de morada”. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60*... *Op. cit.*, Pág., 213. “Diferencia con otros delitos... el objeto del delito servirán para diferenciar este tipo de los comprendidos en los artículos 202 a 204 (allanamiento de morada)”. LANDECHO VELASCO, C.Mª, Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*... *Op. cit.*, Pág., 201. “El objeto material... no ha de constituir morada, pues si así fuera resultaría aplicable el allanamiento”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 502. “Y si el inmueble estuviese habitado, entonces sería aplicable el delito de allanamiento de morada”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª. Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88. “El objeto material está representado por los inmuebles... que en ningún caso deben servir de morada ajena, resultando aplicable en este caso el delito de allanamiento del art. 202 CP”. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.... *Op. cit.*, Pág., 266. “Y respecto al allanamiento de morada... baste recordar que es delito con bien jurídico distinto (la intimidad en el ámbito doméstico o, si se prefiere, la inviolabilidad del domicilio), y precisamente el nuevo tipo penal del artículo 245.2 sólo recae sobre objetos "que no constituyan morada"”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 221. “El objeto, que puede ser un inmueble, una vivienda o, incluso, un edificio entero, no habrá de constituir, según expresamente se preocupa de matizar la norma, "morada", en el momento de la ocupación se entiende, aunque el ocupante posteriormente sí la destine a ello. La razón de esta precisión es evidente aunque quizá no del todo fuere necesaria, para deslindar este tipo delictivo del allanamiento castigado en el artículo 202”. MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.-*

(Arts. 205 al 318). CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963. “Y la diferencia con el allanamiento radica en que... el inmueble no sea “morada” del titular”. CALABUIG COSTA, M^a L.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 811. “La acción que se incrimina es la ocupación de casas o edificios, tomar posesión del inmueble aprovechando su desocupación (pues en otro caso sería allanamiento de morada)”. MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 960. “Los objetos sobre los que puede recaer el delito de ocupación no violenta... pueden ser de tres tipos diferentes... siempre que no sean constitutivos de morada, ya que en ese caso estaríamos ante un delito de allanamiento de morada del art. 202 CP”. GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* *Op. cit.*, Pág., 7. “El delito de usurpación u ocupación de inmuebles... debe distinguirse de los de allanamiento de morada o de domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público... En la usurpación a diferencia del allanamiento, el inmueble no constituye morada ni domicilio de la persona jurídica”. RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M^aP.: << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid...* *Op. cit.*, Págs., 154-155. “Este hecho difícilmente es reconducible a otros tipos de delitos como... al allanamiento de morada, porque precisamente se parte de que los inmuebles ocupados no lo son (casas deshabitadas, fincas, etc.)”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19^a edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 397. “No pueden existir concursos con el delito de allanamiento de morada, por cuanto expresamente determina el artículo 245.2 CP que los bienes inmuebles de referencia no han de ser constitutivos de morada”. BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen I.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* *Op. cit.*, Pág., 506; BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* *Op. cit.*, Pág., 242. “El inmueble o vivienda no pueden constituir morada, pues de ser así, sería de aplicación el delito de allanamiento de morada del artículo 202 en el que se protege la intimidad ajena”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Pág., 347. “Inmueble, vivienda o edificio que no deben constituir morada, pues en caso contrario habría que acudir al delito de allanamiento de morada”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: << Tema 34.- Delitos contra el patrimonio. VI.- Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 257. “La necesidad de que dichos inmuebles “no constituyan morada” debe entenderse que hace referencia a edificios deshabitados, lo que permite deslindar el ámbito típico de este delito frente al allanamiento de morada”. HAVA GARCÍA, E.: << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 293. “En todo caso, para apreciar el delito es necesario que el bien inmueble no constituya morada (de lo contrario existiría un delito de allanamiento de morada del art. 202 CP)”. ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 255. “Si la ocupación del inmueble se realiza en una casa habitada, es decir, cualquier albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella (art. 241.2), se cometería entonces el delito de allanamiento de morada castigado con pena más grave (art. 202)”. CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...* *Op. cit.*, Pág., 253. “El objeto material es un bien inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, dado que en este caso la conducta sería constitutoria de un delito de allanamiento de morada”. NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, M^aC. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 381. “El objeto material está representado por los inmuebles ya dichos que en ningún caso deben servir de morada ajena, resultando aplicable en este caso el delito de allanamiento”. CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 224; CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Código Penal Comentado...* *Op. cit.*, Pág., 541. “El inmueble, vivienda o edificio “no deben constituir morada”, por lo que se configuran como un elemento negativo del tipo que sirve para diferenciar este delito de usurpación del art. 245.2 del Código penal del también delito de usurpación del art. 245.1 del citado cuerpo legal y del delito de allanamiento de morada del art. 202 del Código”. BRAGE CENDÁN, S.B.: <<

El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario... Op. cit.*, Pág., 24. “El apartado segundo [del art. 245 CP]... se refiere a vivienda, inmueble o edificio ajeno que no constituya morada, lo que lo diferencia del allanamiento de morada”. DE ELENA MURILLO, V.: << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 769-770. “El objeto material se diferencia de la usurpación del párrafo primero porque no caben ya los derechos reales, sino sólo los inmuebles, edificios o locales, con la matización de que no han de constituir morada de ninguna persona, pues en tal caso, aparecería la figura más grave del allanamiento de morada... La analogía más evidente surge con el allanamiento de morada, con el que coinciden acción y estructura típica, difiriendo exclusivamente en el objeto que justamente no ha de ser morada. No hay pues ataque a la intimidad personal ni a la inviolabilidad domiciliaria, sino sólo a elementos del patrimonio como son el uso y disfrute inherentes a propiedad y posesión de bienes inmuebles, locales y viviendas”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Págs., 1679-1680. “Para apreciar el delito es necesario que el bien inmueble no constituya morada (de lo contrario, existiría un delito de allanamiento de morada del art. 202 CP)”. ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 320. “Este tipo penal se presenta como privilegiado respecto del delito de allanamiento de morada del art. 202, del que se diferencia en que los inmuebles ocupados no constituyen “morada” del titular”. GARCÍA PÉREZ, J.J.: << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1801. “La proximidad de este comportamiento al comportamiento típico del delito de allanamiento de morada es evidente. La nota diferenciadora con dicho delito estriba en la ausencia del carácter de morada del inmueble, vivienda o edificio que se ocupa”. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo V.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 705. “En caso de constituir morada, esto es un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el contemplado en el artículo 202 del CP”. BLANCO PEÑALVER, A.: << Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. K. Usurpación >> en *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal. Tomo II*. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 1652. “Se refiere a inmueble, vivienda o edificio “que no constituya morada”, lo que diferencia este delito del de allanamiento de morada (art. 202 CP)”. ORTIZ ÚRCULO, J.C.: << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico. Artículo 245 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.M., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E.... *Op. cit.*, Pág., 843. “A primera vista, la doble modalidad de esta delito guarda algunas similitudes con los regulados en el Capítulo II, del Título X... Pero la diferencia es clara porque, en primer lugar, el bien jurídico protegido es totalmente diferente en ambos grupos de delitos... En segundo término, el objeto material del delito de usurpación “pacífica” han de ser inmuebles que no sean, precisamente, morada o domicilio, sino inmuebles... que, en principio, están vacíos”. HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Págs., 166-167. “Este delito de usurpación se diferencia de aquél [allanamiento de morada] por la distinta naturaleza del bien jurídico protegido y del objeto material sobre el que recae la acción. En la usurpación el objeto lo constituye un inmueble, vivienda o edificio siempre que los mismos no sean en el momento de los hechos utilizados como morada”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 417. “El artículo establece como objeto de ocupación no las viviendas habituales, pues en tal caso nos encontraríamos ante el ámbito de los arts. 202 a 204 Código Penal”. RUIZ BLAY, G.: << La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado >>... *Op. cit.*, Pág., 8. “Esta última salvedad, “que no constituya morada” viene a diferenciar claramente el tipo de la usurpación con el tipo del allanamiento de morada contemplado en el artículo 202 del Código Penal”. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos... Op. cit.*, Pág., 171. “El objeto material lo integra la ocupación pacífica de un inmueble, vivienda o edificio, siempre que no sea morada, pues entonces se aplicaría, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento de morada”. DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepínNET revista. Práctica penal... Op. cit.*, Pág., 28.

En este sentido se pronuncia la Jurisprudencia *menor* al reiterar que “El delito de ocupación se integra por la concurrencia de los siguientes elementos; en cuanto al... objeto material lo integra la ocupación pacífica de un inmueble, vivienda o edificio, siempre que no sea morada, pues entonces se aplicaría, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento de morada... El objeto material... queda definido por un elemento positivo (la calidad de inmueble y ajeno) y otro negativo (que no constituya morada). La interacción entre ambos elementos es la que caracteriza el objeto material del delito; con la condición negativa se quiere dejar claro que se ha de tratar de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado, pues, en caso de constituir una morada, esto es, un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el contemplado en el artículo 202 del CP, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad”¹²⁶¹.

¹²⁶¹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2011/27692). En términos similares, *Vid.*, Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2013/159701); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 22-4-2009, nº 462/2009, rec. 28/2009, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2009/107244); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2013/102454); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 24-11-2011, nº 366/2011, rec. 116/2011, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2011/338234); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquivia Bartolomé, Mª Margarita (EDJ 2010/177514); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 17-1-2014, nº 19/2014, rec. 195/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2014/24267); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 7-4-2006, nº 197/2006, rec. 2351/2006, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis (EDJ 2006/296168); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago (EDJ 2004/14985); Audiencia Provincial de Asturias, sec. 2ª, S 14-6-2013, nº 257/2013, rec. 42/2013, Pte: García-Braga Pumarada, Julio (EDJ 2013/133449); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 3-12-2004, nº 249/2004, rec. 199/2004, Pte: Martínez Ruiz, Társila (EDJ 2004/283436); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/197095); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 7ª, S 8-3-2005, nº 158/2005, Pte: Gil Muñoz, Javier (EDJ 2005/339503); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2002/66560); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 29-5-2000, nº 342/2000, rec. 549/1998, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos (EDJ 2000/31461); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 30-9-2004, nº 403/2004, rec. 298/2004, Pte: Alhambra Pérez, Pilar (EDJ 2004/278345); Audiencia Provincial de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo (EDJ 2006/71346); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano (EDJ 2014/75066); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María (EDJ 2006/439248); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2004/202273); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 6-11-2007, nº 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la (EDJ 2007/294401); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 11-4-2008, nº 259/2008, rec. 16/2008, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda (EDJ 2008/87347); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº

233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente (EDJ 2003/86599); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 2-1-2009, nº 731/2009, rec. 519/2007, Pte: Sánchez Cano, Mª Jesús (EDJ 2009/18090); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana (EDJ 2007/262810); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2003/155395); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel (EDJ 2001/31526); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada (EDJ 2003/148215); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L. (EDJ 2004/169871); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 144/2006, rec. 87/2006, Pte: Julia Igual, Mª José (EDJ 2006/305439); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 7-2-2006, nº 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio (EDJ 2006/467276); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, Mª Paz (EDJ 2003/191683); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 20-3-2001, rec. 46/2001, Pte: González Fernández, Javier (EDJ 2001/8637); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián (EDJ 2005/219886); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 2-7-1998, nº 730/1998, rec. 740/1998, Pte: San Millán Martín, José Antonio (EDJ 1998/21603); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro (EDJ 2003/149138); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael (EDJ 2000/65587); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 10-11-2010, nº 384/2010, rec. 160/2010, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2010/330130); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2012/86783); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2013/220746); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 19-2-2010, nº 94/2010, rec. 17/2010, Pte: Gurrera Roig, Matilde (EDJ 2010/49246); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 25-4-2013, nº 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2013/294826); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 19-4-2010, nº 243/2010, rec. 105/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396474); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 15-3-2010, nº 88/2010, rec. 45/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396224); Audiencia Provincial de Almería, sec. 2ª, S 27-1-2012, nº 34/2012, rec. 136/2011, Pte: Ruiz-Rico y Ruiz-Morón, Juan (EDJ 2012/349888); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 16-2-2009, nº 72/2009, rec. 8/2009, Pte: Barrales León, Mª de las Maravillas (EDJ 2009/294306); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 22-1-2013, nº 41/2013, rec. 22/2013, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2013/14125); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 15-10-2013, nº 538/2013, rec. 210/2013, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2013/296178); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 77/2013, Pte: Goded Herrero, Beatriz (EDJ 2014/46138); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 16-7-2012, nº 657/2012, rec. 44/2012, Pte: Acevedo Frías, Ángela Ascensión (EDJ 2012/179952); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 7-6-2011, nº 383/2011, rec. 164/2011, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2011/388118); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 254/2014, rec. 116/2014, Pte: Jiménez Márquez, Lucía (EDJ 2014/154264); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 3ª, S 24-7-2014, nº 386/2014, rec. 188/2014, Pte: Criado Gámez, Juana (EDJ 2014/296338); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 17-12-2014, nº 1213/2014, rec. 1809/2014, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2014/263068); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 26-2-2015, nº 199/2015, rec. 173/2014, Pte: Torras Coll, José María (EDJ 2015/54604); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 24-4-2015, nº 97/2015, rec. 1001/2014, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2015/152595); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 4-9-2015, nº 748/2015, rec. 173/2015, Pte: Massigoge Galbis, María Isabel (EDJ 2015/200585); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 5-10-2015, nº 221/2015, rec. 29/2015, Pte: Marrero Francés, Ignacio (EDJ 2015/245576); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-10-2015, nº 697/2015, rec. 1489/2015, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2015/210814).

Así, hacemos nuestras las palabras de MANZANARES SAMANIEGO al afirmar que “el inmueble, la vivienda o el edificio han de ser en todo caso ajenos y, de otra parte, no han de constituir morada, pues entonces sólo se aplicaría, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento, y ello, *no por preferencia de este delito en un concurso de leyes, sino por atipicidad en el artículo 245.2*”. Y calificamos junto con BARBER BURUSCO la relación entre ambos delitos como “de exclusión”¹²⁶².

Parece que a la luz de las semejanzas existentes en la redacción de los artículos 202.1 (*entrar o mantenerse*) y 245.2 (*ocupar o mantenerse*) del Código Penal, el legislador tuvo en cuenta el tipo de allanamiento de morada para redactar el de ocupación pacífica; ya que, ambos están estructurados de la misma manera. Así, se cubre una laguna legal al dar protección penal al inmueble que no constituye morada y, en el cual, ha entrado o se mantiene, uno o varios sujetos, contra la voluntad de su titular. El inmueble que por no ser morada no quedaba protegido por el delito de allanamiento, desde el Código Penal de 1995, lo es por el de ocupación pacífica¹²⁶³.

3.2.2.- USURPACIÓN PROPIA O VIOLENTA

La misma relación de exclusión a que hacíamos referencia con el delito de allanamiento es predicable del delito de usurpación violenta; si bien en este caso no por razón del objeto material sino de la conducta. Ésta, como entiende la generalidad de la Doctrina, ha de realizarse sin violencia o intimidación, pues, si así fuera resultaría aplicable el apartado 1 del artículo 245 del Código Penal¹²⁶⁴.

¹²⁶² MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 222-223; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 908; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Pág., 478. “La relación existente entre los delitos de ocupación del núm. 2 del art. 245 CP y el allanamiento de morada del art. 202 CP, entiendo que es una relación de exclusión”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 13.

¹²⁶³ Cfr., QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*... *Op. cit.*, Pág., 446; BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 9; SUÁREZ MONTES, R.F.: << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*... *Op. cit.*, Págs., 874-877.

¹²⁶⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 476; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección

Frente ello se alza la tesis de BAUCCELLS I LLADÓS conforme a la cual tanto la usurpación del apartado primero, como la del apartado segundo del artículo 245 del

20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 502. “Si concurriera violencia o intimidación, sería aplicable el delito anteriormente citado, esto es, el del apartado 1 del propio art. 245 CP”. BLANCO LOZANO, C.: << Lección 4ª. Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 88. “Diferenciándose del apartado 1º, [del art. 245] en que no concurre violencia o intimidación”. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: << Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.... *Op. cit.*, Pág., 266. “Lo más característico, con todo, es que no es preciso, en este caso, el ejercicio de la violencia o intimidación contra las personas, como ocurre con la ocupación propia, bastando con que se actúe no ya contra la voluntad sino, incluso, sin contar con la autorización de quien debiera darla”. MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963. “Como se observa, se distingue de la usurpación castigada en el número 1º de este mismo artículo porque se trata de una ocupación sin violencia y sin intimidación: de ahí que esta figura delictiva sea conocida bajo el nombre de “usurpación pacífica”. De lo contrario, la conducta sería subsumible en el número anterior y castigada con la pena de prisión allí prevista”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). ... *Op. cit.*, Pág., 347. “La conducta típica de este supuesto consiste en ocupar, sin la debida autorización, inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular, sin que para ello medie violencia o intimidación, pues en tal caso se cometería el delito previsto en el supuesto anterior”. CARDONA TORRES, J.: *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio...* *Op. cit.*, Pág., 253. “Sin que pueda mediar violencia o intimidación lo que determinaría la aplicación del art. 245.1”. CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 224. “Parece en principio requisito imprescindible de su aplicación que la ocupación no se realice con violencia o intimidación pues en otro caso se aplicaría la figura anterior [art. 245.1 CP]”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 433. “Las dos modalidades de conducta recogidas en el art. 245.2 del reiterado Código penal deberían llevarse a cabo sin violencia o intimidación, ya que en otro caso resultaría aplicable el art. 245.1”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario...* *Op. cit.*, Pág., 23. “La diferencia entre este precepto [art. 245.2 CP] y el anterior [art. 245.1 CP] se halla en que en este apartado no se exige violencia o intimidación”. VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*... *Op. cit.*, Pág., 1206. “Si aquél emplea violencia o intimidación será aplicable el apartado uno del art. 245 del Código Penal”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 417. “No realiza ningún acto de violencia e intimidación en las personas, lo cual significaría la aplicación del número primero del artículo 245”. MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* *Op. cit.*, Pág., 171. Dispone el artículo 245.1 CP: “Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”.

Código Penal, requieren ser desarrolladas con la misma violencia o intimidación, diferenciándose ambas únicamente por el tipo de inmueble¹²⁶⁵.

Como ya analizamos en su momento, el artículo 245.2 del Código Penal consideramos que se trata de un tipo autónomo o “*sui generis*”, y no simplemente de un tipo privilegiado por razón del objeto material, donde lo más característico, con todo, es que no es preciso, el ejercicio de violencia o intimidación contra las personas, bastando con que se actúe no ya contra la voluntad del propietario sino, incluso, sin contar con la autorización de quien debiera darla¹²⁶⁶.

Es unánime la Jurisprudencia *menor* al exigir la ausencia de violencia o intimidación¹²⁶⁷.

¹²⁶⁵ Vid., BAUCELLS I LLADÓS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... *Op. cit.*, Págs., 722-728; BAUCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*... *Op. cit.*, Págs., 132-145. OLIVAS DÍAZ resumiendo la tesis de BAUCELLS I LLADÓS dice en relación a este autor: “Parte de una interpretación literal del artículo 245 del CP, de forma que entiende que, en realidad, el legislador castiga la misma conducta (ocupación violenta) en sus dos apartados. La diferencia entre los mismos vendría dada por el tipo de inmueble, de forma que el primer apartado castigaría la conducta que se ejerce sobre aquellos que pueden constituir morada, y el segundo la ejercida sobre aquellos que en ningún caso reúnen tal cualidad”. OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... *Op. cit.*, Pág., 63.

¹²⁶⁶ Vid., MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 222; MAZA MARTÍN, J.M.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 1963; ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 200.

¹²⁶⁷ Así, la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 27-9-2000, nº 332/2000, rec. 31/2000, Pte: Fresneda García, Mª del Carmen (EDJ 2000/41022): “No son necesarios por tanto violencia, intimidación, amenazas o fuerza para que se dé tal ilícito”. La Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda (EDJ 2000/60563): “El recurso ha de ser desestimado por concurrir todos los requisitos exigidos por el art. 245.2 CP, que introduce un nuevo tipo penal, antes desconocido en el Código de 1.973, que quiere salir al paso del fenómeno sociológico de los “Okupas”, que afecta, al menos a varios países de la Europa Occidental. La acción que se inculpa es la ocupación de casas o edificios, es decir, tomar posesión de ello, aprovechando su desocupación (en otro caso habría allanamiento de morada) pero sin contar con la autorización del dueño. Lo que caracteriza esta modalidad de delito es que la ocupación se produce sin enfrentamiento y, por tanto sin vencer una eventual oposición a la ocupación mediante el empleo de violencia o intimidación”. La Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, Mª Paz (EDJ 2003/191683): “El apartado primero requiere la ocupación de un inmueble o la usurpación, (uso, ejercicio) de derecho real inmobiliario con violencia o intimidación. *El apartado segundo viene a configurarse como una figura complementaria pero distinta*, en la medida en que no exige violencia o intimidación, se refiere a vivienda, inmueble o edificio ajeno que no constituya morada, lo que lo diferencia del allanamiento de morada”. La Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 1-6-2012, nº

229/2012, rec. 280/2011, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2012/143712): “El delito de usurpación de inmuebles, en su modalidad no violenta del núm. 2 del artículo 245 del Código Penal, requiere para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, *sin violencia o intimidación*, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia...”. *Vid.*, Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 29-10-1997, nº 150/1997, rec. 0323/1997, Pte: Terrasa García, Antonio José (EDJ 1997/12296); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 12-2-1999, nº 103/1999, rec. 29/1999, Pte: Maza Martín, José Manuel (EDJ 1999/7078); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 2ª, S 26-2-1999, rec. 118/1998, Pte: García García, Santiago (EDJ 1999/2027); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael (EDJ 2000/65587); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2001/4314); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 12-2-2002, nº 70/2002, rec. 75/2002, Pte: Vera Llorens, José Luis (EDJ 2002/18907); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2003/133177); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2004/129643); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 23-9-2004, nº 396/2004, rec. 289/2004, Pte: Alhambra Pérez, Pilar (EDJ 2004/278352); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos (EDJ 2005/328415); Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 19-5-2005, nº 2099/2005, rec. 2241/2004, Pte: Domeño Nieto, Yolanda (EDJ 2005/132184); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 9-9-2005, nº 64/2005, rec. 41/2005, Pte: Cabrera Garate, Rubén (EDJ 2005/196011); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 7-2-2006, nº 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio (EDJ 2006/467276); Audiencia Provincial de La Rioja, sec. 1ª, S 15-2-2006, nº 43/2006, rec. 4/2006, Pte: Rodríguez Fernández, Luis Miguel (EDJ 2006/22344); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/287063); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 28-6-2006, rec. 57/2006, Pte: Rovira del Canto, Enrique (EDJ 2006/376845); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 15-9-2006, nº 474/2006, rec. 103/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/337878); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/375502); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 16-10-2006, nº 532/2006, rec. 156/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/345975); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes (EDJ 2007/219115); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007, Pte: Orteu Cebrián, Fernando (EDJ 2007/51670); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 20-6-2007, nº 157/2007, rec. 97/2005, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J. (EDJ 2007/202111); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 6-11-2007, nº 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la (EDJ 2007/294401); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2007/273901); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón (EDJ 2007/305887); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2007/351766); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 15-2-2008, nº 32/2008, rec. 44/2008, Pte: Bellido Soria, Francisco (EDJ 2008/113141); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2008/63133); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2008/126348); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José (EDJ 2008/225049); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 9-6-2008, nº 332/2008, rec. 169/2008, Pte: Climent Durán, Carlos (EDJ 2008/142471); Audiencia Provincial de Ávila, sec. 1ª, S 25-7-2008, nº 107/2008, rec. 141/2008, Pte: Rodríguez Duplá, Mª José (EDJ 2008/362528); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008; Pte: Alfonso Laso, Daniel de (EDJ 2008/362969); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 8-10-2008, nº 56/2008, rec. 29/2008, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración (EDJ 2008/312899); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 2-1-2009, nº 731/2009, rec. 519/2007, Pte: Sánchez Cano, Mª Jesús (EDJ 2009/18090); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/21182); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-1-2009, nº 49/2009, rec. 13/2009, Pte: Tomás Benítez, Mariano (EDJ 2009/37461); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco (EDJ 2009/142401); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2009, nº 122/2009, rec. 1/2009, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ

2009/36709); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2009, nº 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2009/142926); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 16-3-2009, nº 46/2009, rec. 22/2009, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2009/105351); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar (EDJ 2009/162720); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 22-6-2009, nº 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana Mª (EDJ 2009/397904); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 2ª, S 16-9-2009, nº 442/2009, rec. 150/2009, Pte: Morales González, Federico (EDJ 2009/336126); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2009/331820); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2009/414265); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2009/384652); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 15-10-2009, nº 649/2009, rec. 316/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David (EDJ 2009/304441); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 16-10-2009, nº 351/2009, rec. 166/2009, Pte: Montesinos Pidal, Mª Inmaculada (EDJ 2009/427122); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2010/96709); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier (EDJ 2010/197095); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 7ª, S 8-7-2010, nº 68/2010, rec. 58/2010, Pte: Giner Gutiérrez, Diego (EDJ 2010/195004); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 8-10-2010, nº 562/2010, rec. 236/2010, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2010/377180); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías (EDJ 2010/270023); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 26-10-2010, nº 849/2010, rec. 207/2010, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2010/328738); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2010/348972); Audiencia Provincial de Huesca, sec. 1ª, S 30-11-2010, nº 166/2010, rec. 1/2010, Pte: García Castillo, José Tomás (EDJ 2010/306413); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos (EDJ 2010/317163); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 1-12-2010, nº 783/2010, rec. 343/2010, Pte: Hernández Rueda, Mª Dolores (EDJ 2010/347812); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 15-12-2010, nº 1086/2010, rec. 730/2010, Pte: Arévalo Lassa, José Ignacio (EDJ 2010/356780); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 10-1-2011, nº 22/2011, rec. 717/2010, Pte: Gil Hernández, Ángel (EDJ 2011/180277); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2011/330742); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2011/97224); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 9-5-2011, nº 315/2011, rec. 62/2011, Pte: Ingelmo Fernández, Ana (EDJ 2011/145094); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 14-10-2011, nº 850/2011, rec. 179/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261916); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 19-10-2011, nº 861/2011, rec. 194/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús (EDJ 2011/261929); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 19-10-2011, nº 1080/2011, rec. 242/2010, Pte: Riera Ocariz, María (EDJ 2011/317552); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 24-11-2011, nº 366/2011, rec. 116/2011, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2011/338234); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco (EDJ 2011/313177); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 30-1-2012, nº 91/2012, rec. 28/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/31901); Audiencia Provincial de Álava, sec. 2ª, S 14-2-2012, nº 52/2012, rec. 9/2012, Pte: Poncela García, Jesús Alfonso (EDJ 2012/98553); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen (EDJ 2012/86783); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel (EDJ 2012/119783); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 6-3-2012, nº 245/2012, rec. 227/2011, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2012/68217); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, S 21-3-2012, nº 205/2012, rec. 41/2012, Pte: Barrientos Pacho, Jesús María (EDJ 2012/62401); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 22-3-2012, nº 316/2012, rec. 29/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda (EDJ 2012/68246); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 4ª, S 14-5-2012, nº 146/2012, rec. 66/2012, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel (EDJ 2012/267394); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 1-6-2012, nº 229/2012, rec. 280/2011, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2012/143712); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 16-7-2012, nº 657/2012, rec. 44/2012, Pte: Acevedo Frías, Ángela Ascensión (EDJ 2012/179952); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 5-9-2012, nº 285/2012, rec. 686/2012, Pte: Trebolle Fernández, Feliciano (EDJ 2012/204740); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2012/224596); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-9-2012, nº 673/2012, rec.

316/2012, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, M^a del Carmen (EDJ 2012/275047); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1^a, S 18-10-2012, n^o 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2^a, S 16-11-2012, n^o 442/2012, rec. 996/2012, Pte: Taboada Caseiro, M^a del Carmen (EDJ 2012/316252); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1^a, S 30-11-2012, n^o 460/2012, rec. 762/2012, Pte: Garrido Sancho, Pedro Luis (EDJ 2012/320888); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1^a, S 14-12-2012, n^o 413/2012, rec. 135/2012, Pte: Segura Sancho, Francisco (EDJ 2012/329255); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3^a, S 25-1-2013, n^o 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4^a, S 18-2-2013, n^o 151/2013, rec. 859/2012, Pte: Iglesias Carrera, M^a Teresa (EDJ 2013/59976); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1^a, S 22-2-2013, n^o 37/2013, rec. 358/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316614); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3^a, S 25-2-2013, n^o 69/2013, rec. 121/2013, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula (EDJ 2013/135866); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 1^a, S 25-2-2013, n^o 83/2013, rec. 1249/2012, Pte: Picatoste Sueiras, Ignacio Alfredo (EDJ 2013/29949); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3^a, S 1-3-2013, n^o 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz (EDJ 2013/230856); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2^a, S 22-3-2013, n^o 131/2013, rec. 76/2013, Pte: García Sánchez, M^a Jesús (EDJ 2013/60352); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15^a, S 8-4-2013, n^o 335/2013, rec. 113/2013, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2013/87589); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3^a, S 23-4-2013, n^o 203/2013, rec. 151/2013, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2013/90098); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1^a, S 9-5-2013, n^o 207/2013, rec. 374/2013, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2013/223642); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16^a, S 9-5-2013, n^o 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2013/90363); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9^a, S 12-6-2013, n^o 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7^a, S 13-6-2013, n^o 610/2013, rec. 150/2013, Pte: Rodríguez Santamaría, Ana (EDJ 2013/204112); Audiencia Provincial de Asturias, sec. 2^a, S 14-6-2013, n^o 257/2013, rec. 42/2013, Pte: García-Braga Pumarada, Julio (EDJ 2013/133449); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2^a, S 26-6-2013, n^o 250/2013, rec. 340/2013, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la (EDJ 2013/132603); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1^a, S 5-7-2013, n^o 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316835); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3^a, S 22-7-2013, n^o 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2013/159701); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2^a, S 13-9-2013, n^o 323/2013, rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando (EDJ 2013/181527); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2^a, S 16-9-2013, n^o 466/2013, rec. 28/2013, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José (EDJ 2013/217899); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3^a, S 19-9-2013, n^o 179/2013, rec. 80/2013, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2013/202347); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1^a, S 1-10-2013, n^o 296/2013, rec. 108/2013, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2013/316925); Audiencia Provincial de Girona, sec. 4^a, S 11-10-2013, n^o 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, M^a Teresa (EDJ 2013/249897); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3^a, S 15-10-2013, n^o 538/2013, rec. 210/2013, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2013/296178); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1^a, S 15-11-2013, n^o 345/2013, rec. 723/2013, Pte: Juan Sanjosé, Rafael Juan (EDJ 2013/313470); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1^a, S 20-11-2013, n^o 626/2013, rec. 55/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2013/298944); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5^a, S 13-1-2014, n^o 8/2014, rec. 621/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos (EDJ 2014/26747); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1^a, S 14-2-2014, n^o 62/2014, rec. 1025/2013, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58502); Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1^a, S 17-2-2014, n^o 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2014/22830); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3^a, S 18-2-2014, n^o 47/2014, rec. 31/2014, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2014/29724); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17^a, S 20-2-2014, n^o 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús (EDJ 2014/30432); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15^a, S 24-2-2014, n^o 131/2014, rec. 43/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2014/29870); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3^a, S 4-3-2014, n^o 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2014/38136); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1^a, S 5-3-2014, n^o 94/2014, rec. 5/2014, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2014/58524); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30^a, S 7-3-2014, n^o 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa M^a (EDJ 2014/47368); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1^a, S 31-3-2014, n^o 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2014/103115); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1^a, S 10-4-2014, n^o 173/2014, rec. 449/2013, Pte: Benito López, Alejandro María (EDJ 2014/81823); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1^a, S 11-4-2014, n^o 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2014/81826); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 2^a, S 5-5-2014, n^o 281/2014, rec. 1355/2013, Pte: Taboada Caseiro, M^a del Carmen (EDJ 2014/133701); Audiencia Provincial de La Coruña, sec. 1^a, S 21-5-2014, n^o 318/2014, rec. 1645/2013, Pte: Lamazares

López, Lucía (EDJ 2014/132202); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 28-5-2014, nº 321/2014, rec. 316/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2014/181488); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2014/153815); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 2ª, S 10-9-2014, nº 225/2014, rec. 310/2014, Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego (EDJ 2014/166484); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 9-10-2014, nº 421/2014, rec. 859/2014, Pte: Martínez García, Ángel Santiago (EDJ 2014/211825); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2014, nº 550/2014, rec. 35/2014, Pte: Ginel Pretel, Rosa María (EDJ 2014/263847); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 12-11-2014, nº 1091/2014, rec. 414/2014, Pte: Riera Ocariz, Adoración María (EDJ 2014/255747); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 13-11-2014, rec. 239/2014, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2014/252436); P Madrid, sec. 1ª, S 5-12-2014, nº 522/2014, rec. 1172/2014, Pte: Herrero Pérez, María del Carmen (EDJ 2014/244882); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 13-1-2015, nº 13/2015, rec. 967/2014, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2015/36273); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 15-1-2015, nº 118/2015, rec. 291/2014, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2015/55562); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 16-1-2015, nº 33/2015, rec. 334/2014, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2015/54291); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, S 26-1-2015, nº 55/2015, rec. 477/2013, Pte: García Quesada, María Teresa (EDJ 2015/22101); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 27-1-2015, nº 10/2015, rec. 143/2014, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2015/23036); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 27-1-2015, nº 8/2015, rec. 1069/2013, Pte: Cabello Díaz, Inocencia Eugenia (EDJ 2015/58655); Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 12-2-2015, nº 89/2015, rec. 189/2014, Pte: Barrales León, María de las Maravillas (EDJ 2015/80202); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 26-2-2015, nº 93/2015, rec. 1236/2014, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2015/35113); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 26-2-2015, nº 199/2015, rec. 173/2014, Pte: Torras Coll, José María (EDJ 2015/54604); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 2-3-2015, nº 154/2015, rec. 288/2015, Pte: Revuelta Iglesias, Ana Victoria (EDJ 2015/39081); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 5-3-2015, nº 180/2015, rec. 35/2015, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2015/94940); Audiencia Provincial de Cuenca, sec. 1ª, S 17-3-2015, nº 50/2015, rec. 161/2014, Pte: Orea Albares, María Victoria (EDJ 2015/45566); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 10-4-2015, nº 251/2015, rec. 544/2015, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano (EDJ 2015/76376); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 22-4-2015, nº 150/2015, rec. 79/2015, Pte: García Navascues, Víctor Manuel (EDJ 2015/96795); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 24-4-2015, nº 97/2015, rec. 1001/2014, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel (EDJ 2015/152595); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 27-4-2015, nº 307/2015, rec. 664/2015, Pte: Teijeiro Dacal, Francisco Javier (EDJ 2015/91360); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 28-4-2015, nº 302/2015, rec. 655/2015, Pte: Rodríguez Padrón, Celso (EDJ 2015/72998); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 6-5-2015, nº 176/2015, rec. 96/2015, Pte: Segura Sancho, Francisco (EDJ 2015/106578); Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, S 14-5-2015, nº 53/2015, rec. 33/2015, Pte: Suárez Sánchez, Urbano (EDJ 2015/89943); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 20-5-2015, nº 466/2015, rec. 221/2014, Pte: Hernández Pascual, Julio (EDJ 2015/104202); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 25-5-2015, nº 181/2015, rec. 387/2015, Pte: Pérez Espino, Esperanza (EDJ 2015/108064); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 26-5-2015, nº 260/2015, rec. 47/2015, Pte: Benito López, Alejandro María (EDJ 2015/139041); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 4-6-2015, nº 546/2015, rec. 277/2014, Pte: Salcedo Velasco, Andrés (EDJ 2015/124342); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 8-6-2015, nº 493/2015, rec. 117/2014, Pte: Sanz Altozano, Valentín Javier (EDJ 2015/113427); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 10-6-2015, nº 398/2015, rec. 884/2015, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza (EDJ 2015/125591); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 22ª, S 11-6-2015, nº 271/2015, rec. 64/2015, Pte: Solaz Ponsirenas, Juli (EDJ 2015/130517); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 15-6-2015, nº 294/2015, rec. 643/2015, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2015/119494); Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 16-6-2015, nº 280/2015, rec. 47/2014, Pte: Roig Angosto, María Concepción (EDJ 2015/119958); Audiencia Provincial de Murcia, sec. 3ª, S 17-6-2015, nº 274/2015, rec. 35/2015, Pte: Morales Limia, Augusto (EDJ 2015/123443); Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6ª, S 24-6-2015, nº 90266/2015, rec. 114/2015, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane (EDJ 2015/151712); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 30-6-2015, nº 308/2015, rec. 889/2015, Pte: Jiménez Mantecón, Esperanza (EDJ 2015/166044); Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 9-7-2015, nº 332/2015, rec. 10942/2014, Pte: Sáez Elegido, María de los Ángeles (EDJ 2015/177195); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 10ª, S 16-9-2015, nº 741/2015, rec. 173/2015, Pte: Planchat Teruel, José María (EDJ 2015/194734); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 5-10-2015, nº 221/2015, rec. 29/2015, Pte: Marrero Francés, Ignacio (EDJ 2015/245576); Audiencia Provincial de A Coruña, sec. 1ª, S 7-10-2015, nº 479/2015, rec. 650/2015, Pte: Lamazares López, María

Por último, baste recordar en cuanto a la violencia sobrevenida, que aunque algunos autores sostienen que si en cualquier momento de la ocupación se produjeran actos de violencia o intimidación personal, el delito pasaría a calificarse de acuerdo con el apartado primero del artículo 245 del Código Penal; nos reiteramos en lo ya manifestado y argumentado sosteniendo la tesis según la cual si la violencia o intimidación en las personas se produce después de haberse consumado la ocupación para *mantenerse, permanecer o continuar* en la misma (cuando ésta inicialmente ha sido pacífica), la calificación de la conducta ha de ser de usurpación impropia o pacífica en concurso real con el correspondiente delito a que pudiere dar lugar la violencia.

3.2.3.- COACCIONES Y AMENAZAS

QUERALT JIMÉNEZ y FERNÁNDEZ APARICIO pretenden justificar la innecesidad de la figura delictiva del artículo 245.2 del Código Penal mediante la subsunción de las ocupaciones pacíficas en el delito de coacciones afirmando el primero de estos autores que “todo lo más, dado que, en cualquier caso, la usurpación de uso comporta una intromisión ilegítima en la esfera del ejercicio del derecho dominical del titular, éste puede proceder por coacciones, con lo que la situación jurídico penal ya estaba asegurada”. Y el segundo de ellos: “era innecesario este tipo al existir el delito y falta de coacciones. Este socorrido cajón de sastre hubiera permitido una flexibilidad deseable, compatible con el principio de taxatividad. La tipificación de esta conducta supone por el principio de consunción la imposibilidad de apreciar el delito o, en su caso, la falta de coacciones”¹²⁶⁸.

Lucía (EDJ 2015/179954); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 8-10-2015, nº 678/2015, rec. 1441/2015, Pte: Rubio Cabrero, Mª Teresa (EDJ 2015/210613); Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 4ª, S 16-10-2015, nº 331/2015, rec. 802/2015, Pte: Ruiz Romero, José Luis (EDJ 2015/203578); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-10-2015, nº 697/2015, rec. 1489/2015, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2015/210814); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 11-11-2015, nº 748/2015, rec. 59/2015, Pte: Fernández Hevia, María del Rosario (EDJ 2015/252037); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 10-12-2015, nº 504/2015, rec. 1524/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2015/248127).

¹²⁶⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial...* Op. cit., Pág., 445; FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*... Op. cit., Pág., 1319. El tipo básico de coacciones previsto en el artículo 172.1 párrafo 1º del CP, dispone: “El que, sin estar legítimamente

Como ya expusimos anteriormente consideramos que la tipificación de la usurpación pacífica, impropia, o sin violencia, del artículo 245.2 del Código Penal de 1995 ha venido a proporcionar coherencia interna al Ordenamiento Jurídico y cumplimiento al principio de proporcionalidad de las penas, de manera que las conductas más graves tengan una respuesta penal mayor que las menos graves (lo cual no sucedía con el Texto Refundido de 1973 en los supuestos de usurpación en que se ejercía violencia o intimidación en las personas, frente a los supuestos en que se empleaba fuerza en las cosas). Ésta ha sido la opción del legislador frente a la propuesta de *lege ferenda* de HUERTA TOCILDO de elevar las penas por el delito de usurpación propia o violenta del antiguo artículo 517 del Texto Refundido de 1973¹²⁶⁹.

La consideración mantenida por el Tribunal Supremo según la cual la fuerza en las cosas da lugar a un delito de coacciones, así como la ausencia de tipificación de la usurpación pacífica, producía, con el Texto Refundido de 1973, el absurdo jurídico de que fuera privilegiante el empleo de violencia o intimidación en las personas frente a la fuerza en las cosas. Así, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en el caso de que el sujeto activo de una actuación usurpatoria no emplease violencia o intimidación en las personas sino fuerza en las cosas, la calificación jurídica no podía hacerse por el delito de usurpación del artículo 517, sino por el de coacciones del artículo 496. La mayor penalidad de las coacciones (arresto mayor y multa) frente a la usurpación (multa del 50 al 100 por cien de la utilidad reportada) conllevaba que el empleo de violencia o intimidación en las personas fuera privilegiante frente a la fuerza en las cosas con la consiguiente falta de coherencia interna del Ordenamiento Jurídico y de proporcionalidad de las penas¹²⁷⁰.

autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”.

¹²⁶⁹ Vid., HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 98-104.

¹²⁷⁰ Cfr., HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 98-104; LARRAURI PIJOAN, E.: << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda >> en *Cuadernos de Política Criminal... Op. cit.*, Págs., 305-307; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995... Op. cit.*, Pág., 138-144. “El delito de coacciones viene regulado en el artículo 496 del CP que castiga al que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto. El objeto de protección penal es siempre la libertad personal, y como tal, se incluyen los supuestos en los que se impide a alguien hacer algo con violencia o en los que se le compele a realizar algo que no quiere; en el caso concreto de

La pretendida tipificación de la usurpación pacífica como un supuesto de coacciones la consideramos, empleando las palabras de CALDERÓN CEREZO, “técnicamente defectuosa”. Ello supondría convertir el delito de coacciones en una especie de “*cajón de sastre*” o “*delito de recogida*” en el que cupieran cualesquiera conductas difíciles de encajar en tipos próximos, tipos afines, e incluso otros más alejados, so pretexto de que prácticamente todas las figuras delictivas acaban cercenando, de una u otra manera y en sus términos más generales, la libertad ajena. Concepción que llevada a sus últimos extremos infringiría el principio de legalidad penal¹²⁷¹.

usurpación no violenta, hay un atentado contra la libertad personal, pues se impide al propietario de un inmueble o edificio su utilización y disposición como tal propietario y además se le compele a efectuar algo que él no quiere, como es el constreñirle a omitir su propio derecho, es decir a no poder ejercitar su propio derecho de propiedad. El artículo 496 exige la utilización de la violencia... Por violencia, el Tribunal Supremo entiende no sólo la cometida por medio de la fuerza física, sino también la cometida a través de presión moral de intimidación o empleando una resistencia pasiva de modo directo o indirecto e incluso sobre terceras personas. Entiende además que este delito se refiere no sólo a los actos de fuerza ejercidos sobre las personas, sino también a los actos de fuerza en las cosas (La STS de 21 de mayo de 1965; STS de 13 de febrero de 1980 califica como coacciones el supuesto de ocupación de una vivienda deshabitada, mediante fractura de cerradura; STS de 2 de marzo de 1989, 18 de octubre de 1990, 26 de febrero de 1992 y 26 de abril de 1994)”. BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >>... *Op. cit.*, Págs., 907-908. “Gran parte de los casos en que el Tribunal Supremo ha condenado por coacciones al arrendador por desalojar al arrendatario sacando sus muebles de la casa (SS. 11 diciembre 1940, 13 octubre 1942, 22 mayo 1967), poniendo un candado en la puerta (S. 2 diciembre 1959), cambiando cerraduras (S. 10 mayo 1967, 22 abril 1964), tirando la puerta de acceso a la vivienda (S. 30 noviembre 1956), cortando la luz o el agua (Ss. 28 marzo 1969, 10 febrero 1970), etc., pueden entenderse como de usurpación de un derecho real o, en ciertos casos, de ocupación violenta del inmueble... Sin embargo, la amplísima interpretación que la Jurisprudencia hace del término violencia en el artículo 496 conduce a que supuestos que deberían ser impunes por faltar alguno de los elementos típicos del artículo 517 sean castigados por delito de coacciones. Así, por ejemplo, cuando la ocupación de inmuebles o usurpación de derechos reales se realiza sin violencia o intimidación en las personas, sino empleando fuerza en las cosas (S. 4 octubre 1982; vid., también 27 abril 1982)”. PÉREZ MANZANO, M.: << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO)... *Op. cit.*, Págs., 200-201. Dispone la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 5ª, S 9-10-2000, nº 1351/2000, rec. 202/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier (EDJ 2000/52657): “La ocupación no violenta (contra las personas) de inmuebles abandonados tenía difícil encaje en el anterior Código Penal, lo que motivó la tipificación expresa de tales conductas en el actual texto legal, donde en su artículo 245.2 sanciona a los que ocuparen sin autorización debida un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuvieren en ellos contra la voluntad de su titular. Bajo la vigencia del Código de 1973 (momento en el que ocurrieron los hechos aquí enjuiciados) sólo cabía incluir hechos similares en el delito (o falta) de coacciones (artículos 496 y 585), pero siempre que concurrieran, como elementos esenciales de esta infracción penal, la violencia (ejercida sobre las personas o las cosas) y el dolo, entendido como voluntad e intención de restringir la libertad ajena”.

¹²⁷¹ “La regulación que hace el Código de 1995 coincide en lo esencial con la del Código anterior de 1973, con la salvedad de haberse introducido el nuevo delito de ocupación no violenta de inmuebles en general y de viviendas o edificios en particular, con lo que se viene a colmar una laguna que antes se vino salvando a base de soluciones técnicamente defectuosas a través del delito de coacciones genéricas”. CALDERÓN CEREZO, A.: << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA sí parece admitir la existencia de un concurso de leyes con las coacciones y con la usurpación violenta, a resolver por el criterio de la especialidad a favor de la usurpación pacífica¹²⁷².

En ocasiones la Jurisprudencia *menor* admite la existencia de un concurso de leyes, siendo de carácter preferente el delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal frente a las coacciones, al ser aquél el tipo penal especial en la resolución del concurso de leyes planteado conforme al artículo 8 del Código Penal¹²⁷³.

Aunque se llega a la misma conclusión, discrepamos con todo respeto, de la opinión de MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, y compartimos la idea de MANZANARES SAMANIEGO, según la cual, “la ausencia de violencia o intimidación aleja en principio la posibilidad del concurso de leyes con los delitos de coacciones y amenazas”¹²⁷⁴.

(I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.... *Op. cit.*, Pág., 222. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 15-3-2006, nº 305/2006, rec. 1705/2004, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2006/76612), voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater: “Dado que el delito de coacciones del art. 172 CP es un delito contra la libertad de actuación (la ley exige, impedir hacer o compeler a hacer) la ampliación del tipo penal para convertirlo en un “delito de recogida”, en el que se da cabida a la violencia psíquica y a la *vis in re*, carece de todo apoyo en la finalidad de la ley. De esta manera, el tipo penal de las coacciones se extiende por encima de los límites, ya incompatibles con el principio de legalidad, de la jurisprudencia tradicional de esta Sala. Se viene a postular en este caso una interpretación que no resulta cubierta por el sentido gramatical del texto y que extiende conscientemente el ámbito de la punibilidad de las coacciones para recoger comportamientos como el que se imputa a la recurrente, que ni constituyen violencia psíquica, ni violencia en las cosas, pues la acusada simplemente dio una orden dudosamente pertinente. Entiendo, en consecuencia, que se trata de una extensión analógica de la ley, manifiestamente contraria al principio de legalidad (art. 25.1 CE)”.

¹²⁷² “Con la usurpación del párrafo primero y las coacciones existirá una relación de especialidad que hará preferente esta figura [art. 245.2 CP]”. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia). Tomo II.- Arts. 138-639*. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.)... *Op. cit.*, Pág., 1680.

¹²⁷³ *Vid.*, Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, A 31-7-2003, nº 63/2003, rec. 50/2003, Pte: Baz Vázquez, Silvia (EDJ 2003/127249): “Por lo que al delito de coacciones se refiere y tras un nuevo estudio de lo actuado, hemos de llegar a la misma conclusión que el Instructor, dado que, si bien en un caso como el descrito, los hechos no quedarían enmarcados en el delito de coacciones tal y como sostiene el recurrente, sino en todo caso y con carácter preferente, en el delito de usurpación del art. 245.2 CP, (al ser éste el tipo penal especial frente a las coacciones en la resolución del concurso de leyes planteado conforme al art. 8 CP)”.

¹²⁷⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 915.

Los tipos de coacciones no serían aplicables, puesto que en la conducta de ocupación pacífica de bienes inmuebles sin autorización de su titular, o de mantenimiento en los mismos contra la voluntad de su titular, no habría violencia ni intimidación en las personas; y en cuanto a la fuerza en las cosas, su inclusión jurisprudencial en el concepto de violencia no afectaría a conductas de esta clase como ya analizamos. Así, *v. gr.*, el cambio de cerradura, no podría configurarse independientemente como un delito menos grave o leve de coacciones, ya que sería un elemento integrante del tipo de la usurpación y quedaría absorbido por dicha conducta. Dado, además, su normal desarrollo a espaldas del titular, ni se le impediría hacer algo ni se le compelería a ello¹²⁷⁵.

En esta línea establece la Jurisprudencia *menor*: “Considera la Sala que el tipo penal en el que mejor queda subsumida la conducta del acusado es el de usurpación del art. 245.2 del Código Penal. Frente a la tipificación de los hechos como delito de coacciones o incluso como dos delitos de usurpación y coacciones en concurso, nos inclinamos por considerar que el ánimo del acusado no fue tanto de forzar a otras personas o entidades a asumir una situación impuesta, como el acceder al uso del local. La figura de usurpación entendemos que resulta más específica que la de coacciones, más adecuada al elemento subjetivo del injusto y teleológico de la acción desplegada”¹²⁷⁶.

¹²⁷⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 221; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 908; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Pág., 477; MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*... *Op. cit.*, Pág., 172. “Este hecho difícilmente es reconducible a otros tipos de delitos como las coacciones o amenazas, ya que, por definición, si la ocupación es pacífica faltan estos elementos”. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 397. “La no necesidad de violencia o intimidación, en cuanto medios comisivos para cometer el delito contemplado en el artículo 245.2 del Código Penal, aleja en principio la posibilidad del concurso de normas con los delitos de coacciones y amenazas”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 26.

¹²⁷⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Huelva, sec. 2ª, S 10-6-2009, nº 80/2009, rec. 144/2009, Pte: Ruiz Yamuza, Florentino Gregorio (EDJ 2009/194781). Esta sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, Sala 1ª, S 9-9-2013, nº 149/2013, BOE 242/2013, de 9 de octubre de 2013, rec. 211/2010, Pte: Ollero Tassara, Andrés (EDJ 2013/183382) y se declaró vulnerado el derecho del recurrente en amparo a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho al Juez imparcial, ordenándose restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de Sentencia de 10 de junio de 2009, dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva y del Auto de 3

La Audiencia Provincial de Barcelona ante la condena en primera instancia del acusado por un delito de usurpación (por ocupar un inmueble sin el consentimiento de su propietario), y por un delito de coacciones (por no querer abandonar el inmueble exigiendo una cantidad de dinero por hacerlo), revoca la misma y considera que no puede pensarse de forma independiente ambas conductas, pues, el delito de usurpación absorbe el desvalor de las coacciones¹²⁷⁷.

Tampoco cabría acudir al tipo de amenazas, pues aquellas conectan con la intimidación, considerando el Tribunal Supremo que las coacciones y amenazas son delitos *homologables u homogéneos*¹²⁷⁸.

de noviembre de 2009, de la misma Sección, recaída en el rollo de apelación núm. 144-2009, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la deliberación de la Sentencia, con el fin exclusivo de que se dicte otra nueva por un Tribunal en cuya composición se respete el derecho fundamental reconocido. Finalmente se confirmó la condena por el delito de usurpación por la Audiencia Provincial de Huelva, sec. 1ª, S 14-3-2014, nº 74/2014, rec. 312/2013, Pte: García García, Santiago (EDJ 2014/91080).

¹²⁷⁷ *Vid.*, Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3ª, S 14-10-2011, nº 850/2011, rec. 179/2011, Pte: Manzano Meseguer, María Jesús (EDJ 2011/261916): “En el presente caso se ha condenado al acusado por un delito de usurpación, es decir, por ocupar un inmueble sin el consentimiento de su propietario y por un delito de coacciones, por no querer abandonar el inmueble exigiendo una cantidad por hacerlo. El negarse a abandonar el inmueble objeto de autos si no se abona cierta cantidad de dinero, revela la voluntad de permanencia del ocupante que es la esencia del delito de usurpación, por lo que éste absorbe el desvalor de la anterior conducta, no pudiendo pensarse de forma independiente. Ello conlleva a absolver al acusado del delito de coacciones por el que resultó condenado”.

¹²⁷⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág., 221; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 908; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639)*... *Op. cit.*, Pág., 477. *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2009, nº 1107/2009, rec. 1173/2009, Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDJ 2009/265736): “Ambas conductas, coacciones y amenazas, integran parte de los delitos contra la libertad. El bien jurídico protegido es la libertad de obrar del individuo y exige la interacción de alguna forma de violencia que puede ser física o psíquica. Gramaticalmente también la coacción significa fuerza o violencia. La ampliación del concepto de violencia supone una operación expansiva del delito que no es aceptable con arreglo a los principios del derecho penal. En la coacción, existe una mayor inmediación entre el coaccionante y el coaccionado y la exigencia del comportamiento es realizar lo que no quiere, sea justo o injusto. El delito se consuma en cuanto se ejerce la coacción. El torcimiento de la voluntad es el objetivo del autor sin otras matizaciones... Es cierto que la amenaza pende sobre la libre formación de la voluntad, pero no de una forma conminativa, sino otorgando al amenazado la ponderación entre el contenido de la amenaza y la posibilidad de actuar o no conforme a los designios del amenazante... Hechas estas precisiones sobre la diferente naturaleza de las coacciones y amenazas, la jurisprudencia constante de esta Sala ha venido manteniendo que se trata de dos conductas homologables. En el caso presente, lo que constituía el objeto del debate contradictorio estaba claro desde el principio. Se trataba de lo que en términos coloquiales se conoce como chantaje si no le enviaba más fotos o las de su hermana de nueve años. Desde la sentencia de 23 de noviembre de 1989 y 5 de julio de 1990, hasta la más reciente de 19 de junio de 2009, siempre se ha considerado que las amenazas y las coacciones son delitos

homologables por lo que no vulnera el principio acusatorio el cambio de calificación jurídica". Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 8-10-2007, nº 418/2007, rec. 251/2007, Pte: Antón Blanco, José Luis (EDJ 2007/234705): "La diferencia esencial entre las coacciones y las amenazas reside en que, en las amenazas esta situación de intranquilidad o perturbación del sosiego se centra en el temor de un mal futuro, y en las coacciones el mal aparece como inminente, operando de modo inmediato sobre la conducta del sujeto pasivo. Ciertamente en ello consiste en buena medida la diferenciación entre las amenazas y las coacciones, ambas atentando contra la libertad de las personas, pero mientras las primeras afectan directamente al proceso de formación de la voluntad las segundas lo hacen a la voluntad ya formada. Dice en concreto la STS de 23 de noviembre de 1989 que la diferencia de las amenazas radica en que en éste aparece un mal futuro con el que se inquieta al sujeto pasivo, mientras en las coacciones con la acción intimidante lo que se consigue es impedir hacer lo que se quiere y es lícito, u obligar a realizar lo que no se quiere, sea lícito o no". En cuanto a que ha de entenderse por delito homogéneo, el Tribunal Constitucional, Sala 1ª, A 22-9-1995, nº 244/1995, rec. 3140/92-M (EDJ 1995/4486) con ocasión de determinar si se infringe o no el principio acusatorio establece: "Por lo que se refiere a la infracción del principio acusatorio que se reprocha a la sentencia dictada en sede de casación, ha de recordarse que, según ya ha declarado este Tribunal en similares ocasiones, la posibilidad de que quien ha sido acusado en un proceso penal por un determinado delito o falta sea luego condenado por otro, tanto si se produce el cambio de calificación jurídica en apelación como si se produce, como aquí sucede, en casación, no vulnera los derechos a conocer la acusación y a la defensa siempre y cuando: 1) se dé una identidad del hecho punible entre el señalado por la acusación y el que es objeto de la nueva calificación jurídica; 2) ambos delitos o faltas sean "generalmente homogéneos " o de una misma naturaleza, esto es, constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse; y 3) la condena sea por delito de igual o menor gravedad que los señalados en los escritos de calificación (SSTC 12/81, 105/83, 104/86 y 10/88 y AATC 84/91 y 3/93)". Y el Tribunal Constitucional, sec. 3ª, A 12-12-2005, nº 426/2005, rec. 2655/2004 (EDJ 2005/237036): "En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). Desde la primera de las perspectivas, la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación, como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (SSTC 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; y la ya citada 228/2002, FJ 5). Por lo que se refiere a la calificación jurídica, el Juzgador está vinculado, también, a la sustentada por la o las acusaciones. Ciertamente hemos afirmado que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Por lo tanto, la condena por delito distinto de aquel o aquellos que se formularon en la pretensión acusatoria sólo es constitucionalmente posible si se dan dos circunstancias: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación declarada en la Sentencia condenatoria. La segunda condición es que ambos delitos, el que sustentó la acusación y el considerado como más correcto por el Tribunal sentenciador sean homogéneos; es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo o, en palabras de la STC 134/1986, de 29 de octubre (FJ 1), porque exista "identidad del bien o interés protegido en cuanto hay una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la Sentencia" (en este mismo sentido, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; y 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5).

3.2.4.- ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONA JURÍDICA PÚBLICA O PRIVADA, DESPACHO PROFESIONAL U OFICINA, ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O LOCAL ABIERTO AL PÚBLICO

Una de las novedades del Código Penal de 1995 es la de haber ampliado el ámbito espacial protegido a través de la figura del allanamiento al incluirse además de la tradicional morada, el domicilio de las personas jurídicas, el despacho profesional u oficina, y el establecimiento mercantil o local abierto al público. El artículo 492 del Texto Refundido de 1973 excluía expresamente del concepto de morada los cafés, tabernas, posadas, y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas. El allanamiento activo pacífico (*entrar*) se tipificó en el artículo 203.1 del Código Penal; el allanamiento pacífico pasivo (*mantenerse*) como falta contra el orden público en el artículo 635 del Código Penal; y el allanamiento violento, tanto activo como pasivo (*entrar o mantenerse con violencia o intimidación*), en el artículo 203.2 del Código Penal¹²⁷⁹.

¹²⁷⁹ JORGE BARREIRO, A.: << Capítulo 27.- Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sección 2ª.- Allanamiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Págs., 878-879. *Vid.*, Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 13-2-2015, nº 31/2015, rec. 1048/2014, Pte: Alemán Almeida, Secundino (EDJ 2015/58707): “En tal sentido, el apartado 1º del art. 203 castiga la conducta de entrar contra la voluntad de su titular en dependencias de una persona jurídico pública o privada. La redacción de los distintos supuestos es disyuntiva y no copulativa, de modo que se sanciona entrar (en todos los supuestos, contra esa voluntad del titular) en el domicilio de personas jurídicas públicas o privadas, lo que constituye ya un supuesto típico, o bien en despacho profesional u oficina (otro supuesto típico), o finalmente, en un establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. Por tanto, con dicha redacción se está significando que la conducta de entrar en el domicilio de personas jurídicas públicas o privadas, o en despachos profesionales u oficinas (que no necesariamente deban ser de una persona jurídica, pudiendo serlo por tanto de un profesional individualmente considerado), constituye una conducta penalmente relevante independientemente del momento, pues obviamente, los domicilios de personas jurídicas o despachos profesionales no son, por su propia naturaleza, lugares de acceso general más allá del que realicen personas relacionadas con su actividad. Sin embargo, el caso es distinto respecto de determinados establecimientos en los que por su propia naturaleza su acceso es consustancialmente general durante una determinada franja horaria que suele ser el horario comercial, a fin de realizar su función de prestación de servicios o de venta, y de ahí que necesariamente se deba singularizar la conducta típica con referencia justamente a su horario comercial, de modo que si un sujeto entra en tales establecimientos durante el mismo, aun cuando sea en contra de la voluntad de su titular (piénsese en que por algún motivo, los rectores del establecimiento tengan prohibido su acceso a determinada persona, o el controvertido "derecho de admisión"), dicha conducta será atípica, salvo que la misma la despliegue el sujeto activo con violencia o intimidación, en cuyo caso siempre será penalmente relevante con independencia de la hora en que se ejecute, y de ahí que el apartado 2º no contenga ninguna referencia al momento en que se realice dicha conducta, si dentro o fuera de las horas de apertura, de modo que siempre que se entre en todos esos lugares que nominan tanto el apartado 1º como el 2º, no solo contra la voluntad de su titular, sino venciendo esa oposición mediante actos violentos o intimidatorios, se habrá de sancionar más severamente la conducta ante el mayor reproche que objetivamente merece. La distinción a la hora de enumerar los lugares susceptibles de protección, con la precisión de que si estamos ante establecimientos o locales abiertos al público deba ejecutarse la conducta fuera de las horas de apertura, tiene su sentido en el diverso alcance que merece la tutela penal. Y así, en un establecimiento mercantil o en un local abierto al público, que al no establecer distinciones supondrá que el acceso es general (piénsese en un hipermercado, un centro comercial), durante su horario comercial sus instalaciones no son

susceptibles de ser consideradas inviolables por su propia naturaleza. El fundamento de este tipo de conductas punibles, en atención a su propia ubicación sistemática, dentro del título relacionado con los delitos contra la intimidad y la inviolabilidad domiciliaria, viene constituido por la necesidad de preservar un ámbito de exclusión dentro de todo sujeto de derechos y obligaciones, cualidad que ostentan las personas jurídicas, para el cumplimiento de sus fines, sin injerencias externas. La propia jurisprudencia constitucional citada por la sentencia de instancia (SSTC de 19 de mayo de 2003, 17 de octubre de 1985), avala la constitucionalidad de esta protección penal respecto de las personas jurídicas, cuyos domicilios por tanto deben ser objeto igualmente de la tutela fundamental de la inviolabilidad. Ahora bien, como la propia funcionalidad de las personas jurídicas está sujeta a diferencias importantes en relación a las personas físicas, pues no hemos de perder de vista el carácter sustancialmente instrumental de aquellas respecto al cumplimiento de sus fines sociales, comerciales y/o gremiales, que hacen que sus instalaciones sean accesibles de alguna forma a un número indeterminado de personas (entendido no solo cuantitativamente -como un hipermercado-, sino también cualitativamente -como un club social o deportivo respecto de quiénes sean sus socios o abonados-), determina que de la tutela penal se excluyan aquellas dependencias que sean de general acceso según su naturaleza, justamente durante el horario de apertura, que es la nomenclatura utilizada por el legislador penalista, pues desde esta perspectiva no puede sostenerse que se quebranta la inviolabilidad (especie del género intimidad), cuando el acceso es permitido al ser necesario para que la persona jurídica cumpla sus objetivos. De ahí la exigencia típica de que la entrada en establecimientos mercantiles o locales abiertos al público se realice fuera del horario de apertura, requisito no predicable del resto de dependencias nominadas en el art. 203, pues en ellas no se da ese presupuesto de la accesibilidad general, como acontece en los despachos profesionales, en las oficinas, o en el domicilio de la persona jurídica. Y como fuere del horario de apertura, se restablece el principio general del carácter reservado del establecimiento mercantil, equiparado en tal caso al resto de dependencias nominadas en el art. 203.1, en cuanto durante dicho periodo el titular del establecimiento puede desarrollar las tareas y cometidos asociados a sus fines sociales, comerciales y/o gremiales sin injerencias externas, para esos periodos estará también justificada la protección penal, y de ahí la formulación disyuntiva sin solución de continuidad del inciso final del art. 203.1. Pero es más, y aquí entra en juego la segunda diferencia, si concurriere la violencia o intimidación, se sanciona penalmente no solo el entrar sino el mantenerse, de modo que si el sujeto activo entra contra la voluntad de su titular, pero sin violencia o intimidación, la conducta será típica conforme al apartado 1º, pero si entra venciendo esa oposición del titular mediante el uso de la violencia o la intimidación, incluso aunque lo haga en un establecimiento o local abierto al público durante las horas de apertura, la gravedad de tal proceder determinará que se sancione, equiparándose a ello la conducta inicialmente excluida del apartado 1º de mantenerse cuando concurra esa violencia o intimidación, quedando como tipo penal residual constitutivo de falta, la de mantenerse contra la voluntad de su titular siempre que no concurra violencia o intimidación (art. 635). Finalmente, y en relación justamente con la falta residual del art. 635, es cierto que la formulación de sus conductas típicas se realiza de forma diferenciada a la del apartado 1º del art. 203, comenzando por la alusión a que, concurriendo siempre la negativa del titular, se mantenga fuera de las horas de apertura para a continuación, separados con una coma, contemplar todas las dependencias que se citan en el citado art. 203.1, lo que implica que para el legislador penal solo será típica la conducta de mantenerse (siempre sin violencia o intimidación, pues en tal caso se sancionará con arreglo al art. 203.2), en todas esas dependencias sin distinciones cuando se haya sobrepasado el horario de apertura, lo que presupone también para los despachos profesionales u oficinas, un horario de apertura. En realidad, el sentido de tal formulación no afecta a la interpretación dada del art. 203.1, pues partiendo de la base de que resulta cualitativamente distinto entrar que mantenerse, pues solo tiene sentido sancionar la conducta ínsita en este último verbo típico en la medida en que el acceso haya sido consentido por el titular, solo será digno de reprensión penal el no abandonar la dependencia cuando aquél lo ordene fuera del horario que justificase la presencia del sujeto activo. Dicho de otro modo, si el titular ha permitido que el sujeto acceda a su dependencia, no existe interés que proteger, no puede haber inviolabilidad, necesidad de tutela que sí concurrirá cuando concluya el horario que justificase la recepción, pues fuera de dicho periodo se restablece el derecho a preservar la intimidad, más como la conducta del sujeto activo deviene en ilegítima desde la inicial legitimidad de su presencia en el lugar, la necesidad de protección penal es más reducida, y de ahí que se sancione como falta. En todo caso, se podría criticar la exigencia de la mención al horario de apertura para que la conducta de mantenerse sea constitutiva de falta, pues parece lógico que si el titular quiere que el sujeto activo se vaya, si éste no lo hace realice una conducta que merezca ese reproche punitivo, más desde otro punto de vista se puede sostener que habiendo sido el acceso legítimo por autorizado, la permanencia durante el horario de atención al público sin solución de continuidad no lesiona el interés que tutela la norma penal”.

Tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, por la cual se suprimieron las faltas, el allanamiento pacífico pasivo es tipificado como delito leve en el artículo 203.2 y el violento en el 203.3 del Código Penal¹²⁸⁰.

Estimamos que dada la similitud existente en la redacción de los tipos penales de ocupación pacífica (art. 245.2 CP) y allanamiento pacífico de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (arts. 203. 1 y 2 CP), sí sería apreciable un concurso normativo cuando se trate del domicilio de personas jurídicas o de establecimientos abiertos al público, en cuyo caso será de aplicación, conforme a la regla de especialidad, el artículo 203 del Código Penal¹²⁸¹.

BARBER BURUSCO sostiene que debe caracterizarse como concurso ideal la ocupación fuera de las horas de apertura del domicilio de persona jurídica pública o

¹²⁸⁰ Vid., Artículo 203 CP: “1.- Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. 2.- Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público. 3.- Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público”.

¹²⁸¹ BLANCO LOZANO, C.: << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología...* Op. cit., Pág., 242; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1.- Delitos contra bienes jurídicos individuales...* Op. cit., Pág., 506. “Más problemática es su delimitación con el delito de allanamiento de domicilio de personas jurídicas del CP art. 203. En relación con la modalidad violenta del delito de usurpación (CP art. 245.1) y la modalidad violenta del delito de allanamiento de domicilio de personas jurídicas y otros establecimientos, estaríamos ante un concurso de leyes, a resolver seguramente mediante el principio de alternatividad, a favor del delito del CP art. 203.1, ya que ambos preceptos detallan con suficiente precisión las respectivas conductas típicas, siendo aquél el que asigna a la conducta en él descrita la pena mayor. En relación con la modalidad pacífica del delito de usurpación (CP art. 245.2) y la modalidad pacífica del delito de allanamiento de domicilio de personas jurídicas y otros establecimientos (CP art. 203.1), para la aplicación preferente del CP art. 203.1 se requerirá, por una parte, que la entrada o mantenimiento en los establecimientos a que se refiere el mencionado precepto, no haya sido realizada o no se prolongue con medios violentos y, por la otra, que la conducta típica recaiga precisamente sobre los establecimientos mencionados en el CP art. 203, y no en otros, a saber: domicilio de personas jurídicas públicas o privadas (por ejemplo, sede social de una sociedad de capital, o sede de una institución pública), despachos profesionales u oficinas, o establecimientos mercantiles o locales abiertos al público fuera de las horas de apertura”. *Memento Penal*. Lefebvre. El Derecho. <http://online.elderecho.com>.

privada, despacho profesional u oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público¹²⁸².

Sin embargo, consideramos que aunque el hecho pareciera inicialmente encuadrable en ambos preceptos (arts. 245.2 y 203.1 CP), el artículo 203.1 cubriría por entero el contenido antijurídico, y no debería aplicarse el art. 245.2, por cuanto ello supondría una vulneración del principio *non bis in idem*.

GUÉREZ TRICARICO sostenía hasta la supresión de las faltas del Código Penal, que en el caso de que la conducta de ocupación del artículo 245.2 del Código Penal implicara también la de mantenerse sin violencia en los establecimientos mencionados en el artículo 203 del mismo cuerpo legal, tendríamos un concurso de leyes entre el delito de usurpación del artículo 245.2 y la falta del artículo 635 del Código Penal a resolver mediante la aplicación preferente del delito de usurpación¹²⁸³.

Aunque compartimos con este autor que nos hallamos ante un concurso de leyes, consideramos que la aplicación preferente del delito de usurpación por ser el precepto más grave (art. 8.4 CP) implicaba una derogación *de facto* de la falta contra el orden público, siendo la regla aplicable para resolver tal concurso de leyes no el principio de la gravedad o de la alternatividad, sino el de la especialidad (art. 8.1 CP), considerando ley especial el artículo 635 del Código Penal, por tratarse de un objeto material específico, frente al más general del artículo 245.2 del Código Penal “que no constituya morada”.

¹²⁸² “La relación existente entre los delitos de ocupación del núm. 2 del art. 245 CP y el allanamiento de morada del art. 202 CP, entiendo que es una relación de exclusión. La relación será distinta en el supuesto de ocupación sin autorización debida de un inmueble (art. 245.2 CP), que constituya el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o local abierto al público fuera de las horas de apertura (art. 203.1 CP), pues estos lugares no quedan incluidos en la noción de “morada”. Al afectarse dos bienes jurídicos distintos, y a fin de abarcar la totalidad del injusto causado, entiendo que este supuesto debe caracterizarse como concurso ideal”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 13.

¹²⁸³ GUÉREZ TRICARICO, P.: << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 992.

La Jurisprudencia *menor* considera que ambos delitos no son homogéneos¹²⁸⁴.

3.3.- Usurpación pacífica y concurso real

La ocupación pacífica se encontrará en concurso delictivo real con cualquier delito que se cometa posteriormente en el inmueble ocupado¹²⁸⁵.

¹²⁸⁴ *Vid.*, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 15-10-2007, nº 252/2007, rec. 1324/2007, Pte: Subijana Zunzunegui, Ignacio José (EDJ 2007/264404): “El artículo 203.1 CP (delito por el que fueron acusados) tipifica la conducta de quien entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídico pública o privada, despacho profesional u oficina, o en el establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. Se encuentra ubicado dentro de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (Título X del Libro Segundo del Código Penal). El artículo 245.2 CP (delito al que no se refirió la acusación en la instancia) prohíbe la conducta de quien ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular. Se recoge en los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Título XIII del Libro Segundo del Código Penal). *El delito de allanamiento de la residencia legal persona jurídica pública y el delito de usurpación de bienes inmuebles no son homogéneos...* La condena de los acusados como autores de un delito de usurpación de un inmueble cuando el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, postulaba la condena como autores de un delito de allanamiento de la residencia legal de una persona jurídico pública, hubiera constituido una vulneración del principio acusatorio”.

¹²⁸⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 915. A título periodístico-divulgativo, aunque no jurídico, hacemos una reseña de hechos que podrían ser constitutivos de otros tantos ilícitos penales y dar lugar a una conexidad subjetiva. Hasta la reforma de la LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, establecía el artículo 17.- “Considéranse delitos conexos... 5º.- Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”. En la actualidad (art. 17.3 LECrim) aunque no sean conexos, si han sido cometidos por la misma persona y tienen analogía o relación entre sí, cuando sean competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. “Un mar de ladrillos emerge en los antiguos campos de trigo del Ensanche de Vallecas. Desde 2007, en este barrio madrileño se han construido miles de viviendas, algunas de protección oficial y otras que alcanzaron los 600.000 euros. Es el símbolo de la burbuja inmobiliaria en Madrid. Desde hace meses, aprovechando que la mayoría no se han vendido aún, peligrosas organizaciones okupan bloques enteros. Los vecinos cifran en más de 200 las viviendas okupadas. Cincuenta familias han abandonado sus hogares. Los que quedan, denuncian amenazas y advierten de que en los bloques se repiten los tiroteos. La alcaldesa, Manuela Carmena (Ahora Madrid), señaló hace unos días al respecto: “La situación es grave. Las ocupaciones ilegales implican drogas, suciedad, inseguridad y temor. No las puede evitar el Ayuntamiento pues tienen que ser los juzgados los que ordenen la salida de estas personas, pero esto no impide que seamos conscientes del problema y que estemos dispuestos a hacer todo lo que está en nuestra mano”. “Se rigen por sus propias reglas”, asegura una representante de la Asociación Ensanche de Vallecas Este, que oculta su nombre por miedo. “Me han roto las ventanas a pedradas. Son gente muy peligrosa, de raza gitana, que te increpa en la calle. Tienes que tener mucho cuidado”. Fue de las primeras en llegar al barrio. Pagó por su piso 400.000 euros, pero siente que las casas han perdido mucho valor. Los primeros años había cámaras y seguridad a todas horas. “Había que entregar el DNI para entrar”, recuerda. Pero todo cambió con las okupaciones: “Al principio fueron moderadas, luego vinieron en masa y se ha convertido en algo vergonzoso”. Las calles del Ensanche son auténticos desiertos. Aunque hay miles de viviendas, la mayoría continúan vacías. En uno de sus edificios abre la puerta una mujer. No revela su identidad porque en el edificio conviven decenas de familias okupas y no quiere problemas. “No sé si son más graves las

3.3.1.- DAÑOS

Si por delito de daños entendemos, tal y como lo define el Profesor SANTA CECILIA GARCÍA, “toda conducta consistente en la destrucción, inutilización, deterioro o menoscabo de los bienes de propiedad ajena, y aún de la propia, cuando éstos sean de utilidad social o cultural o estén afectos a un interés de la comunidad”, es perfectamente plausible la concurrencia de un concurso real de delitos entre este tipo penal y la ocupación pacífica, siempre y cuando se realicen daños absolutamente innecesarios para acceder al inmueble o durante la ocupación¹²⁸⁶.

okupaciones o el número de pisos vacíos", asegura temerosa. Y añade otro dato preocupante: decenas de niños en edad escolar no van a clase y pasan el día en la calle, apostando dinero en timbas. Los jóvenes no se esconden y los pocos vecinos que se encuentran una tarde cualquiera en las aceras de las enormes avenidas son chicos que, en el mejor de los casos, han cumplido los 15 años. Otros vecinos, cuando advierten la presencia de un fotógrafo, responden con amenazas e insultos. No quieren molestias en su territorio, tomado por pintadas, grafitis, bolsas de basura y un penetrante olor a marihuana. "Es gente incívica", denuncia la asociación de vecinos. En otro edificio, en la calle Embalse de Navacerrada, hay puertas tapiadas con ladrillos para que las bandas mafiosas no entren. Su objetivo son las casas de los fondos de inversión y de protección oficial del IVIMA. Respetan las que son propiedad de particulares. Las calles Eduardo Chillida y Antonio Gades son los focos del problema. La asociación de vecinos cifra en un 80% las viviendas okupadas en esa zona. El concejal socialista Ignacio Benito reclamó más recursos al Ayuntamiento de Madrid en una comisión celebrada el 15 de diciembre. El edil y dos agentes vestidos de paisano acompañaron a un equipo de EL PAÍS a la zona "más peligrosa". "Hay robos, agresiones, vandalismo, carreras de coches y venta de droga. Los disparos son frecuentes en la barriada. Para los vecinos es una pesadilla", relata el edil. El director de la Policía Municipal, Andrés Serrano, reconoció en aquella comisión que es "muy difícil de solucionar". Lo certifica la asociación vecinal: "Nadie quiere hablar, porque te amenazan con que te van a hacer esto o lo otro. Tenemos miedo". Tiendas asaltadas. El desasosiego se ha instalado en la tienda de Medi, una mujer china que hace tres años abrió un negocio en la calle Antonio Gades. Entonces era una barriada tranquila; ahora le roban cada día, explica a regañadientes. "Los gitanos me lo quitan todo. Hace meses que no tengo caja registradora porque se la llevaron. Ahora el dinero lo guardo en otro sitio", reconoce. Y denuncia: "No son solo los robos, son los insultos y que, cuando les parece, tiran petardos, causan una humareda y tengo que salir de mi tienda". De lejos, los bloques son tan solo enormes edificios en los que la luz apenas está encendida en unas cuantas ventanas, las de vecinos que reclaman medidas al Ayuntamiento para acabar con el "auténtico infierno" que padecen". SERRATO, F.: << Bandas violentas okupan 200 pisos de fondos y del IVIMA en Vallecas >> en *El País*. Madrid 27/12/2015. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/12/26/madrid/1451150471_769327.html.

¹²⁸⁶ Vid., SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... Op. cit., Pág., 433. “Por *destrucción* (del latín *destructio-onis*) se entiende acción y efecto de destruir (ruina, asolamiento, pérdida grande, y casi irreparable): rompimiento, aniquilación, arruinar o asolar una cosa material. Por *inutilización*, acción o efecto de inutilizar: hacer inútil, vana o nula una cosa, inservible para el fin destinado, pérdida del valor de uso de la misma. Por *deterioro o menoscabo de la cosa* (deterioración, del latín *deterioratio*: acción o efecto de deteriorar o deteriorarse. Y deteriorar: del latín *deteriorare*), estropear, menoscabar, poner en inferior condición una cosa. *Menoscabar* (de menos y cabo, extremo), disminuir las cosas, quitándoles una parte, acortarlas, reducirlas a menos, deteriorar y deslustrar una cosa quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)*... Op. cit., Pág., 229. El artículo 263.1 CP recoge el tipo básico de daños: “1.- El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la

No sólo es posible, sino frecuente, que la ocupación de bienes inmuebles entre en concurso real con el delito de daños al ocasionarse destrozos como represalia ante la inminencia del desalojo. Si bien, como advierte ROCA AGAPITO, hay que demostrar más allá de cualquier duda razonable, que quien ocupa el inmueble es quien ha cometido tales daños¹²⁸⁷.

La Jurisprudencia *menor* condena por delito de usurpación y daños, cuando se ocasionan éstos intencionadamente y de manera innecesaria (v. gr., numerosos enseres rotos o dañados, desperfectos más allá de lo que es propio del uso diario, derribo de muros...) ¹²⁸⁸.

condición económica de la víctima y la cuantía del daño. Si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

¹²⁸⁷ ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 212; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial... Op. cit.*, Pág., 447. “Es frecuente que este delito entre en concurso medial o real con el delito de daños”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 423.

¹²⁸⁸ *Vid.*, Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 3ª, S 8-5-2009, nº 249/2009, rec. 453/2009, Pte: García López-Corchado, Enrique (EDJ 2009/223948): “Con fecha 21 de julio de 2008, el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Sevilla dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: “Que en fecha indeterminada de finales de 2005 o primeros de 2006 los acusados forzaron la entrada a la vivienda sita en Espiga núm. 17 de la localidad de Alcalá de Guadaira (Sevilla) desenchajando la puerta a través del tabique lateral de la misma tras lo cual repararon la abertura y cambiaron la cerradura a la puerta instalándose en la vivienda sin autorización de sus propietarios. Desde finales de 2000 era propietaria, por adquisición a título de herencia de sus padres, Margarita, la cual se enteró por los vecinos de los hechos y compareció con su marido a requerir a los acusados para que desalojaran el piso en el mes de enero de 2006. No obstante, una vez que se entrevistaron con los acusados y ante las necesidades de estos y de los tres hijos pequeños de los mismos les autorizaron a residir en el piso hasta tanto éste no fuera vendido. El 25 de mayo de 2006 la propietaria anunció a los acusados que debían abandonar el piso y entregarles las llaves, cosa que los acusados hicieron ese mismo día, colocando la propietaria una cerradura nueva, si bien comparecieron a la mañana siguiente para recoger unas cosas que se habían dejado, momento en el que se produjo una discusión con los propietarios. Los acusados, sin embargo, sobre las 15,00 horas del día 26 de mayo volvieron a entrar en el piso violentando la cerradura de la puerta colocada el día anterior por la propietaria y colocando otra nueva, negándose a abrir a la Policía cuando ésta compareció a requerimiento de la propietaria. Los acusados, mientras habitaron la vivienda, *causaron en la misma desperfectos más allá del que es propio del uso diario, si bien no se ha acreditado debidamente su clase y cuantía superior a 400 €*”. La parte dispositiva de dicha resolución resulta del tenor literal siguiente: “Que debo condenar y condeno a Cecilio y a Alejandra como autores responsables de un delito consumado de ocupación ilegal, previsto y penado en el artículo 245.2 del Código Penal en relación de concurso real con una falta consumada de daños del artículo 625.1 del mismo, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal... Por cuanto antecede, el recurso examinado debe desestimarse”. Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 19-4-2010, nº 243/2010, rec. 105/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael (EDJ 2010/396474): “Que en fecha no determinada de la primera quincena del mes de septiembre de 2005 el acusado D. José Enrique y otro sujeto que no ha sido objeto de enjuiciamiento, a sabiendas de su pertenencia a tercera persona de la que no tenía autorización y con

ánimo de ocupar la misma, penetraron en el interior de la vivienda sita en... propiedad de D^a María Cristina y en la que no residía habitualmente, inmueble en el que ocuparon durante varios días, llegando incluso a cambiar la cerradura, en el que *intencionadamente causaron diversos daños (daños en cerraduras, marcos, y puertas así como numerosos enseres rotos o dañados)* que fueron tasados por la compañía aseguradora de la mencionada Sra. María Cristina en la cantidad de 1200 euros (suma que le fue entregada a ésta última en concepto de indemnización) y del que, con ánimo de apropiárselos, sustrajeron un ordenador portátil y una cámara digital que han sido tasados pericialmente en 959,93 euros...." Y a los que siguió el correspondiente Fallo: "... Condeno a D. José Enrique: a) Como autor responsable de un delito de usurpación, previsto y penado en el art. 245.2 CP... b) Como autor responsable de un delito de hurto, previsto y penado en el art. 234 CP... c) Como autor responsable de un delito de daños, previsto y penado en el art. 263 CP... Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Lloyd Silverman Montañez en nombre y representación de D. José Enrique contra la sentencia dictada en el Procedimiento Abreviado seguido en el Juzgado de lo Penal num. 8 de los de Málaga, con el num. 208/2008, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución". Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7^a, S 16-11-2012, n° 588/2012, rec. 5671/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2012/349487): "En fecha 2 de febrero de 2012 el Juzgado de procedencia dictó sentencia que contenía los siguientes hechos probados: "Por auto de 08 de julio de 2004 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 01 de los de Lebrija (Sevilla) y recaído en demanda ejecutiva de Procedimiento Ordinario núm. 325/2002 se despachó ejecución frente a los acusados ordenando hacer entrega a la parte ejecutante de la finca registral núm. ... del Registro de la Propiedad de Utrera (Sección Lebrija), sita en... de la localidad concediendo el plazo de un mes para el desalojo con apercibimiento de lanzamiento para el 30 de marzo de 2005, lanzamiento aplazado por causa de la actitud de los ejecutados cuatro veces más hasta que se produjo el desalojo con fecha 18 de julio de 2005. Durante el periodo relatado, el acusado Demetrio, que residía en otra parte de la finca y que tenía un negocio instalado en la misma, efectuó lo siguiente: 1º) Que sobre las 18:00 horas del día 19 de julio el acusado rompió el candado de la puerta de acceso a la finca propiedad del denunciante y estacionó su vehículo en el patio interior del mismo y tiró una valla de delimitación de las fincas. 2º) Sobre las 08:00 horas del 20 de julio de 2005, el acusado derribó un muro de delimitación entre la propiedad del denunciante y la suya, rompió el candado de la cancela de acceso a la propiedad de Carlos José y ocasionó daños en una valla delimitadora. 3º) En hora no determinada del 26 de julio de 2005 el acusado volvió a romper el candado de la puerta de acceso al patio del denunciante y la puerta dañada como consecuencia de haber el acusado Gustavo sacado de allí el vehículo que tenía estacionado, tumbando la valla de delimitación. 4º) En hora igualmente no determinada del 27 de julio de 2005, como quiera que Carlos José había ordenado soldar la puerta de entrada al inmueble de su propiedad ante las continuas fracturas del candado de la puerta, el acusado con un rotaflex rompió la puerta para seguir estacionando su vehículo en el patio interior de la vivienda. El acusado no tenía título para pasar por la propiedad del denunciante y aparcar por allí su vehículo dado que la servidumbre que lo permitía, constituida al segregar la parte de finca propiedad de este acusado y de su esposa en 1993, quedó extinguida por escritura otorgada por el acusado y su esposa y el denunciante ante la Notaría de D. Justino con fecha 30 de julio de 2002, con número de protocolo 1.292, asentándose la cancelación de la servidumbre en el Registro de la Propiedad núm. 02 de Utrera con fecha 25 de septiembre de 2002 y sin que la servidumbre comprendiese el derecho a aparcar en el patio interior. 5º) El lanzamiento comprendía a la vivienda ocupada en dicho núm. ... por el acusado Rafael. El lanzamiento se llevó a cabo el día 15 de julio de 2005 con la presencia de los letrados y procuradores de la partes. El letrado de los lanzados pidió y obtuvo el fin de semana para que el afectado pudiera retirar los muebles y pertenencias que conservaba en el lugar, dándosele las llaves que entregó al afectado y que le fueron devueltas por el acusado Demetrio antes del domingo, 17 de julio, aprovechando este acusado el tiempo que transcurrió desde que desalojó sus bienes el acusado Rafael hasta que devolvió las llaves para causar desperfectos en a vivienda tasados pericialmente en 16.886,7 Euros sin contar IVA y consistentes en los descritos por la Notario Sra. D^a Bárbara María Fabra Jiménez en acta levantada el 19 de julio de 2005 incorporada a las actuaciones. No ha quedado suficientemente acreditado que sobre las 19:00 horas del 08 de julio de 2005 alguno de los acusados ocasionara desperfectos en el tabique del interior de la vivienda que servía de delimitación con el inmueble de Carlos José y que éste habrá ordenado levantar. Tampoco ha quedado acreditada intervención en los hechos del resto de los acusados." Con base a dichos hechos probados se dictó el siguiente fallo: "Que debo absolver y absuelvo a Rafael y a María Inmaculada de los delitos de daños y usurpación de que venían siendo acusados, declarando de oficio dos terceras partes de las costas causadas. Que debo condenar y condeno a Demetrio como *autor responsable de un delito continuado de daños en grado de consumación, previsto y penado en los artículos 263 y 74 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre) en relación de concurso real con un delito consumado de ocupación ilegal*

Para que exista concurso real de delitos debemos diferenciar inequívocamente, como indica la doctrina entre “aquellos que se producen como consecuencia de un delito, de aquellos otros que adquieren sustantividad independiente, como entidad penal

del artículo 245.2 del mismo... Estimamos parcialmente el recurso de apelación objeto de este rollo, revocamos parcialmente la sentencia de la instancia en el sentido de imponer al apelante D. Demetrio por el delito de daños dolosos continuados la pena de multa de 8 meses, en vez de los 11 meses que imponía la sentencia de la instancia”. Audiencia Provincial de Valladolid, sec. 2ª, S 17-12-2012, nº 418/2012, rec. 1045/2012, Pte: Treballe Fernández, Feliciano (EDJ 2012/318684): “El Juez del Juzgado de lo Penal num.1 de Valladolid, con fecha 31-7-2012 dictó sentencia en el procedimiento de que dimanara este recurso declarando probados los siguientes hechos: Único: "Que Natividad y Luciano, mayores de edad y careciendo de antecedentes penales, tras percatarse de que la vivienda sita en... de Valladolid, no se encontraba habitada, ocuparon en días previos y próximos al día 22 de marzo de dos mil diez la misma sin solicitar consentimiento a su legítimo titular. Que el día 23 de marzo de 2010, agentes de la Policía Nacional... se personaron en el citado domicilio informando a Natividad y Luciano de la ilegalidad cometida y de las consecuencias en que incurrirían si no desalojaban el mismo, sin que exista constancia de que lo hiciera Dª Natividad hasta fecha 21.10.2010. y D. Luciano por lo menos hasta dos o tres meses después. Pudiendo comprobar los propietarios al acceder a la vivienda que habían causado intencionadamente una serie de daños valorados pericialmente en la cantidad total de 8.942,41- euros, iva incluido, desglosados en: 1º.- Puerta de entrada a vivienda de una hoja, con panel moldeado color verde con cerradura de seguridad (1.100.- euros). 2º.- Reparación de baldosas de escalera de entrada a vivienda (65.- euros). 3º.- Armario de suministro de agua y contador incluido de entrada a vivienda (318.- euros), 4º.- Armario de electricidad desarmado, colocación de uno nuevo (94.- euros), 5º.- Reparación de persiana de cocina, eje nuevo, cajetín y cinta. Igual en persiana del salón (120.- euros), 6º.- Colocación de casquillos de bombillas en toda la vivienda y reparación de cuatro enchufes en el salón (160.- euros), 7º.- Reparación de puertas sin junquillos, rodapiés de madera salón (173.- euros), 8º.- Colocación de puertas de salón con cristal de sapelly (320.- euros), 9º.- Pintar techos de vivienda con pintura de plástico liso mate blanco(360.- euros), 10º.- Pintar paramentos verticales de la vivienda, pintura plástico liso mate, previa preparación y sellado de rodapiés (920.- euros), 11º.- Reformas en muebles de cocina, cambiar cajón de 40 por 60, bisagras puertas (325.- euros), 12º.- Reposición frigorífico Balay mod. 3 KEB5611 (676,80.- euros), 13º.- Reposición Horno Blanco Mod. He 503 B 311,31.- euros), 14º.- Reposición vitro cerámica Acero mod. 3EE 700XP (339,60.- euros), 15º.- Reposición lavadora 5 kg mod. 3 TS50105A (415,20.- euros), 16º.- Reposición campana de acero inoxidable de 60 orpan mod. C5 (246.- euros), 17º.- Limpieza de cocina a fondo, ventanas, aluminios, cristales y suelos (950.- euros), 18º.- Reparación de cancela, sustituyendo resbalón, manillas con muelle de recuperación, soldar soporte de manillas e instalación de cerradura CVL de pasador (154- euros), 19º.- Limpieza vaciado vivienda con contenedores de 5 mts3 y traslado a centro de reciclaje (530,40.- euros), sin que la participación de D. Luciano en los daños ocasionados haya quedado acreditada más allá de los originados en el bombín de la puerta de entrada para cambiar la cerradura"... La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así: "Que debo condenar y condeno a Natividad y Luciano como autores responsables de un delito de usurpación del artículo 245.2 del CP, y debo condenar y condeno a Natividad como autora responsable de un delito de daños del artículo 263 del CP... Por todo lo expuesto, desestimamos el recurso”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 20-9-2010, nº 663/2010, rec. 34/2010, Pte: Urquía y Gómez, Faustino de (EDJ 2010/241944); Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 16-6-2015, nº 280/2015, rec. 47/2014, Pte: Roig Angosto, María Concepción (EDJ 2015/119958). Sin poder determinar si los daños eran o no innecesarios para la ocupación, por establecer la sentencia recurrida una aceptación de hechos probados sin reflejar los mismos, aunque confirman la condena por usurpación y daños, *Vid.*, Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 28-9-2007, nº 158/2007, rec. 207/2007, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2007/284763); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen (EDJ 2010/96709); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 22-5-2012, nº 421/2012, rec. 89/2012, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2012/180694).

diferenciada”. En el primer caso estaremos aludiendo a la realidad fáctica del daño y en el segundo a la perpetración voluntaria del daño¹²⁸⁹.

Si para acceder al inmueble no se emplean medios subrepticios o clandestinos sino fuerza en las cosas *v. gr.*, rotura de cristales, de puerta, cambio de cerradura... esa realidad fáctica del daño será responsabilidad civil derivada del delito de ocupación. Y sólo podrá adquirir una sustantividad independiente, como entidad penal diferenciada del delito de usurpación, y entrar en concurso real con el delito de daños, cuando los mismos sean innecesarios para consumir la entrada en el inmueble, cuando no sean por tanto instrumentales. En otro caso estarán subsumidos en la acción de ocupar. Así lo entiende con carácter general la Doctrina y Jurisprudencia *menor*¹²⁹⁰.

¹²⁸⁹ *Vid.*, SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)...* *Op. cit.*, Págs., 193-194; SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *Los Delitos de Daños*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1994. Pág., 23; GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Capítulo 25.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII). Las insolvencias punibles. Alteración de precios en concursos y subastas. Daños. Disposiciones comunes >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011. Pág., 549; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: *El Delito de Daños: Consideraciones Jurídico-Políticas y Dogmáticas*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos. Burgos, 1999. Pág., 145. “No debemos confundir lo que son los daños derivados del propio delito del art. 245 de lo que serían daños dolosamente ocasionados al inmueble. Si esto fuera así nos moveríamos no en el ámbito civil sino en el ámbito penal (arts. 263 en caso de delito y 625 en caso de falta)”. FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.: << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)...* *Op. cit.*, Pág., 1319.

¹²⁹⁰ “Si se ha ejercido fuerza en las cosas para entrar en el inmueble sigue siendo de aplicación este precepto”. ROBLES PLANAS, R.: << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 255. “Si se emplea fuerza en las cosas constituiría un supuesto del art. 245.2 CP”. NÚÑEZ CASTAÑO, E.: << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, Mª.C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 380. “La concurrencia de fuerza en las cosas hace atípico el comportamiento [en relación al art. 245.1 CP], quedando limitada la protección a la que puedan proporcionar las leyes civiles o el apartado 2 de este mismo artículo”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 501. “También se aplicaría el art. 245.2... en los casos de uso de fuerza en las cosas”. PÉREZ MANZANO, M.: << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.)... *Op. cit.*, Págs., 433-434. “Si se ha ejercido fuerza en las cosas para entrar en el inmueble sigue siendo de aplicación este precepto”. ROBLES PLANAS, R.: << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 320. “La restitución es compatible con la indemnización de perjuicios derivados del delito, de conformidad con el artículo 113 del Código Penal, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal...* *Op. cit.*, Pág., 382. *Vid.*, Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 27-3-2006, nº 138/2006, rec. 14/2006, Pte: López Lorenzo, Virtudes (EDJ 2006/338025): “Deberá responder penalmente tanto del delito de usurpación del art. 245.2 del Código Penal como de las consecuencias civiles o daños derivados de dicha comisión. Por tanto Nuria sí deberá indemnizar al IVVSA [Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A.] por los daños causados al

penetrar en la vivienda mediante el derribo por dos veces del mencionado tabique, al amparo de lo dispuesto en los arts. 109 y siguientes del Código Penal, pero no responderá, por falta del elemento intencional o subjetivo, del delito o falta de daños que se pretende por el recurrente”. Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 15-9-2006, nº 474/2006, rec. 103/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier (EDJ 2006/337878): “Acreditado que la puerta de la vivienda no se encontraba tabicada, la reclamación se centra en el valor de la cerradura sustituida por el acusado, hecho que queda absorbido en el delito del artículo 245.2 CP, sin perjuicio de que el mencionado daño se indemnice en el capítulo correspondiente a responsabilidades civiles”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 19-11-2013, nº 1046/2013, rec. 289/2013, Pte: Díez Noval, Pablo (EDJ 2013/304917): “No hay objeción que oponer a las conclusiones de la Sra. juez de lo Penal, que reputa los hechos constitutivos de un delito de usurpación en grado de tentativa de los arts. 245.2, en relación con el art. 16, del Código Penal. Acreditados estos hechos, no es dable la calificación alternativa como daños que pretende de forma subsidiaria la defensa, siendo de destacar al respecto que el propio acusado admitió su voluntad de ocupar el piso, lo que excluye que al forzar las dos cerraduras de la puerta su dolo comprendiese solo el propósito de causar desperfectos”. Establecen como responsabilidad civil derivada del delito los daños causados en el inmueble las siguientes resoluciones judiciales, *Vid.*: Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 6-3-1998, nº 101/1998, rec. 98/1998, Pte: Mendoza Muñoz, Julio (EDJ 1998/6534); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 12-2-1999, nº 103/1999, rec. 29/1999, Pte: Maza Martín, José Manuel (EDJ 1999/7078); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 27-9-2000, nº 332/2000, rec. 31/2000, Pte: Fresneda García, Mª del Carmen (EDJ 2000/41022); Audiencia Provincial de Segovia, S 29-3-2001, nº 11/2001, rec. 15/2001, Pte: Palomo del Arco, Andrés (EDJ 2001/8655); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 3-12-2001, rec. 521/2001, Pte: Málaga Diéguez, Francisco (EDJ 2001/72219); Audiencia Provincial de Navarra, sec. 2ª, S 2-7-2002, nº 83/2002, rec. 52/2002, Pte: Cobo Sáenz, José Francisco (EDJ 2002/41772); Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 7-9-2004, nº 96/2004, rec. 234/2004, Pte: Bustillo Juncal, Abel Manuel (EDJ 2004/116733); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2006, nº 127/2006, rec. 445/2005, Pte: Ventura Faci, Ramiro (EDJ 2006/17999); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2006, nº 465/2006, rec. 266/2006, Pte: Abad Crespo, Julián (EDJ 2006/399542); Audiencia Provincial de Tarragona, sec. 2ª, S 2-4-2007, nº 236/2007, rec. 894/2005, Pte: Carril Pan, Antonio (EDJ 2007/109603); Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1ª, S 20-6-2007, nº 157/2007, rec. 97/2005, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J. (EDJ 2007/202111); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 19-9-2007, nº 167/2007, rec. 150/2007, Pte: Pontón Práxedes, Antonio G. (EDJ 2007/354213); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 14-2-2008, nº 68/2008, rec. 357/2007, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel (EDJ 2008/94106); Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús (EDJ 2008/240741); Audiencia Provincial de Teruel, sec. 1ª, S 10-2-2009, nº 6/2009, rec. 8/2009, Pte: Hernández Gironella, Fermín (EDJ 2009/54348); Audiencia Provincial de La Rioja, sec. 1ª, S 13-11-2009, nº 217/2009, rec. 388/2009, Pte: Sáenz de Jubera Higuero, Beatriz (EDJ 2009/325983); Audiencia Provincial de Murcia, sec. 2ª, S 27-4-2010, nº 75/2010, rec. 78/2010, Pte: Castaño Penalva, Álvaro (EDJ 2010/119259); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 4-10-2010, nº 133/2010, rec. 91/2010, Pte: Morales Ortega, Rafael (EDJ 2010/322703); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores (EDJ 2010/348972); Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco (EDJ 2011/330742); Audiencia Provincial de Lleida, sec. 1ª, S 15-4-2011, nº 138/2011, rec. 53/2011, Pte: Chesa Celma, Eva María (EDJ 2011/90664); Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 3ª, S 9-6-2011, nº 165/2011, rec. 325/2011, Pte: Moreno Gómez, Felipe Luis (EDJ 2011/244452); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 1ª, S 9-3-2012, nº 221/2012, rec. 86/2012, Pte: Bueno Meilán, Diego (EDJ 2012/358580); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 8-5-2012, nº 169/2012, rec. 110/2012, Pte: Larrosa Ibáñez, Ivana Mª (EDJ 2012/120627); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 27-9-2012, nº 673/2012, rec. 316/2012, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen (EDJ 2012/275047); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 3ª, S 24-10-2012, nº 575/2012, rec. 297/2012, Pte: Prieto Macías, Carlos (EDJ 2012/370252); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 6ª, S 5-12-2012, nº 162/2012, rec. 46/2012, Pte: Tesón Martín, Fernando (EDJ 2012/330288); Audiencia Provincial de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María (EDJ 2013/124653); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 1-3-2013, nº 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz (EDJ 2013/230856); Audiencia Provincial de Salamanca, sec. 1ª, S 6-3-2013, nº 20/2013, rec. 138/2012, Pte: Vega Bravo, José Antonio (EDJ 2013/73378); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 26-4-2013, nº 216/2013, rec. 158/2013, Pte: Hernández Moreno, Jesús María (EDJ 2013/90082); Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, S 30-5-2013, nº 144/2013, rec. 203/2013, Pte: Calderón Martín, Juana (EDJ 2013/107785); Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, S 7-6-2013, nº 250/2013, rec. 417/2013, Pte: López del Moral

Frente a nuestra postura, ROCA AGAPITO Y SERRANO PIEDECASAS sostienen que cuando los daños (fractura de cerradura, puerta, pared, ventana, etc.) son el medio para acceder al interior del inmueble, nos hallamos ante un delito de daños en concurso ideal-medial con el de ocupación pacífica de bienes inmuebles¹²⁹¹.

La Jurisprudencia *menor*, en la misma línea argumental que estos autores establece en algún supuesto: “Tampoco se puede desconocer que se causaron intencionadamente desperfectos y menoscabos en la puerta y en algún otro lugar del piso, cuyo presupuesto de reparación alcanza una cantidad patentemente superior a la que marca la frontera entre el delito y la falta de daños; cuatrocientos euros, a tenor del artículo 263.1 del Código Penal. Su probable funcionalidad en relación con la entrada

Echeverría, José Luis (EDJ 2013/223651); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2013/242510); Audiencia Provincial de A Coruña, sec. 2ª, S 14-6-2013, nº 395/2013, rec. 607/2013, Pte: Barrientos Monge, Luis (EDJ 2013/137184); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 8-1-2014, nº 1/2014, rec. 439/2013, Pte: Abad Arroyo, Pilar (EDJ 2014/10440); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 668/2013, Pte: Altares Medina, Pedro Javier (EDJ 2014/58557); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 10-3-2014, nº 152/2014, rec. 63/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos (EDJ 2014/53568); Audiencia Provincial de Málaga, sec. 3ª, S 7-4-2014, nº 151/2014, rec. 85/2014, Pte: García Gutiérrez, Francisco Javier (EDJ 2014/296148); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 6ª, S 25-4-2014, nº 202/2014, rec. 267/2014, Pte: Santana Rodríguez, Aurelio (EDJ 2014/116686); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 13-1-2015, nº 13/2015, rec. 967/2014, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2015/36273); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 27-1-2015, nº 10/2015, rec. 143/2014, Pte: Passolas Morales, Jesús María (EDJ 2015/23036); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 28-1-2015, nº 36/2015, rec. 1299/2014, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2015/15519); Audiencia Provincial de Asturias, sec. 3ª, S 29-4-2015, nº 170/2015, rec. 373/2015, Pte: Álvarez Rodríguez, Ana (EDJ 2015/93463); Audiencia Provincial de Jaén, sec. 3ª, S 25-5-2015, nº 181/2015, rec. 387/2015, Pte: Pérez Espino, Esperanza (EDJ 2015/108064); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 7-7-2015, nº 545/2015, rec. 936/2015, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús (EDJ 2015/139944); Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 15-7-2015, nº 237/2015, rec. 153/2015, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2015/137246); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1ª, S 23-7-2015, nº 308/2015, rec. 624/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena (EDJ 2015/159513); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 22-9-2015, nº 649/2015, rec. 282/2015, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2015/220791); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 8-10-2015, nº 678/2015, rec. 1441/2015, Pte: Rubio Cabrero, Mª Teresa (EDJ 2015/210613); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 9ª, S 27-10-2015, nº 821/2015, rec. 224/2014, Pte: Hernández Pascual, Julio (EDJ 2015/250284); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 28-10-2015, nº 723/2015, rec. 1579/2015, Pte: Toscano Tinoco, Juan José (EDJ 2015/231792); Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 5ª, S 10-12-2015, nº 597/2015, rec. 962/2014, Pte: Fernández-Rivera González, María Paz (EDJ 2015/261098).

¹²⁹¹ “Es frecuente que la ocupación de bienes inmuebles entre en concurso con el delito de daños (fractura de cerradura, puerta, pared, ventana, etc., para acceder al interior del inmueble –concurso medial–)”. ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 212. “Es frecuente que este delito entre en concurso medial o real con el delito de daños”. SERRANO PIEDECASAS, J.R.: << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.)... *Op. cit.*, Pág. 423.

clandestina no autoriza a considerarlo irrelevante penalmente, al margen de la posible apreciación de un concurso medial o instrumental”¹²⁹².

No faltan autores que consideran que puede existir el concurso entre el delito de daños y usurpación pacífica de bienes inmuebles sin especificar si en concurso real o ideal-medial¹²⁹³.

Tampoco faltan resoluciones judiciales que tratándose de daños “necesarios” para acceder al inmueble condenan por usurpación y falta de daños; o cuando se

¹²⁹² Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, A 23-11-2012, nº 1523/2012, rec. 689/2012, Pte: Fernández Entralgo, Jesús (EDJ 2012/302204). Audiencia Provincial de Málaga, sec. 3ª, S 3-3-2014, nº 89/2014, rec. 45/2014, Pte: Sánchez Marín, Beatriz (EDJ 2014/296206): “El Juzgado de Instrucción 11 de Málaga instruyó Diligencias previas 813/2010 que, una vez concluidas, fueron remitidas al Juzgado de lo Penal 7 de Málaga, para su enjuiciamiento, que dictó sentencia con fecha de 16 de Diciembre de 2013, que contiene el siguiente relato de hechos probados: “Sobre las 15.00 horas del día 12 de febrero de 2010, el acusado José Francisco, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia en esta causa, se dirigió a la vivienda ubicada en... de la ciudad de Málaga, propiedad de Alberto y otros, la cual se encontraba deshabitada y rompió un cristal de la cocina de la misma, para seguidamente valiéndose de unos puntales metálicos golpear la puerta de entrada hasta que la consiguió abrir, accediendo a la misma portando una cadena y un candado con su llave para disponer de la vivienda como propia, no consiguiéndolo al ser sorprendido por una patrulla de la policía local, habiendo ascendido el importe de la reparación de los desperfectos causados a 2.700 euros”... Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: Que debo condenar y condeno a José Francisco como autor de un delito ya definido de *daños en concurso ideal con un delito usurpación de bien inmueble, previsto y penado en el art 245.2 CP en grado de tentativa*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal... Por tanto, atendido todo lo expuesto hasta ahora, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución recurrida”. Aunque alude al concurso del artículo 77 CP (ideal-medial) termina penando como delito de usurpación con responsabilidad civil derivada del delito: Audiencia Provincial de Ávila, sec. 1ª, S 15-11-2004, nº 195/2004, rec. 248/2004, Pte: García García, Jesús (EDJ 2004/257929): “El recurso planteado por el Sr. Letrado de la Junta de Castilla y León debe prosperar considerando falta del art. 625 del CP los daños causados en la cerradura y en la puerta de entrada, pues, en sus conclusiones definitivas así lo solicitó, suprimiendo su calificación provisional de delito de daños... siendo esta falta el medio empleado para poder perpetrar el delito que se estima, siendo de aplicación el art. 77 del CP en la pena que se impone a Teresa. No existió “animus damnandi”, sino utilizar el daño para lograr el fin de la ocupación ilegal... Debemos revocar y revocamos la misma, dictando otra por la que debemos condenar y condenamos a Teresa como autora penal y civilmente responsable de un delito de usurpación de inmueble, sin violencia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro meses y medio de multa, a razón de 4 € por día, con el arresto sustitutorio, caso de impago, que previene el art. 53.1 del CP, al pago de la mitad de las costas del juicio, y a que por vía de responsabilidad civil indemnice a la Junta de Castilla y León en la cantidad de 306,76 € en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses que correspondan, de dicha suma”.

¹²⁹³ “La conducta típica de ocupación implica la entrada en el inmueble, con independencia del modo en que se produzca el acceso, siendo irrelevante que se emplee fuerza en las cosas, que en su caso se podrá castigar como daños”. GALLEGO SOLER, J.I.: << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 544. “Es frecuente que este delito entre en concurso con delitos de daños, por los que se produzcan en el inmueble (fractura de puertas, ventanas, pared, etc., o destrozos como represalia)”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los “okupas” >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Pág., 5.

ocasionan daños que en principio estaban destinados a acceder al inmueble (forzar cerradura), ante la imposibilidad de lograrlo acceden al mismo por otro sitio (fracturando ventana); sin especificar si en concurso real o ideal medial¹²⁹⁴.

La Audiencia Provincial de Valencia califica de homogéneos el delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles y la falta de daños, y en consecuencia sostiene que no se infringe el principio acusatorio cuando se formula acusación por delito de usurpación (art. 245.2 CP) y se condena por falta de daños (art. 625 CP). En contra de tal criterio se muestra la Audiencia Provincial de Barcelona¹²⁹⁵.

¹²⁹⁴ Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban (EDJ 2005/285139): “La Sentencia recurrida declaró como probados los siguientes hechos: “El acusado... sin contar con autorización y tras romper la cerradura de la puerta de entrada, se introdujo el día 6 de septiembre de 2.002 en la villa tipo chalet sita en la urbanización El Balcó... de la localidad de Oropesa del Mar (Castellón) propiedad de Francisco que, rodeada por una valla de un metro y medio, se encontraba totalmente cerrada, y donde el día 9 de septiembre de 2.002 fue sorprendido durmiendo en el porche por la Guardia Civil quienes el día anterior recibieron la denuncia interpuesta por el propietario, llevándose a cabo su detención. Los daños ocasionados con motivo de los hechos han sido tasados pericialmente en 70 euros"...El fallo de dicha Sentencia es del tenor literal siguiente: "Que debo condenar y condeno a Pedro Antonio como autor responsable de una falta de daños...absolviéndolo del delito de usurpación que se le imputaba"... En virtud de cuantas razones quedan expuestas procede, con la estimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal... la parcial revocación de la Sentencia recurrida... debemos revocar y revocamos parcialmente la expresada resolución, en el particular de condenar también al acusado Pedro Antonio, como autor responsable de un delito de usurpación pacífica de inmueble... confirmando el resto de pronunciamientos contenidos en la misma”. Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7ª, S 30-6-2015, nº 308/2015, rec. 889/2015, Pte: Jiménez Mantecón, Esperanza (EDJ 2015/166044): “El Sr. Magistrado de lo Penal nº 2 dictó sentencia el día 14/10/2014 con los siguientes particulares: Hechos Probados: "Sobre las 22:45 horas de día 1/12/12, el acusado, Agapito, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, sin consentimiento de la propietaria la entidad "Gestión, desarrollo y asesoramiento del suelo S.L.", y con la intención de residir allí sin abonar ningún tipo de renta por ello, accedió a través de una ventana, en la que hubo de violentar la persiana, a una de las viviendas que la citada empresa posee en... de Dos Hermanas, la cual se encontraba vacía, no consiguiendo su propósito al ser sorprendido poco después por agentes del Cuerpo Nacional de Policía. El acusado, para intentar acceder al inmueble intentó violentar la cerradura de entrada al mismo si bien no pudo conseguirlo. Al llevar a cabo dicho intento por el Sr. Agapito se causaron daños valorados en la cantidad de 252,81 euros... Fallo: "Que debo de condenar y condeno a Agapito como autor penalmente responsable de un delito intentado de usurpación del art. 245.2 del Código Penal y de una falta de daños del art. 625 del mismo texto legal... En concepto de responsabilidad civil se condena al Sr. Agapito a indemnizar a la entidad "Gestión, desarrollos y asesoramiento del suelo S.L." en la cantidad de doscientos cincuenta y dos euros con ochenta y un céntimos (252,81 euros). Dicha cantidad se incrementará en el interés previsto por el art. 576 de la LEC”.

¹²⁹⁵ Vid., Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1ª, S 21-4-2005, nº 136/2005, rec. 508/2005, Pte: Julia Igual, Mª José (EDJ 2005/95366): “En el caso de autos concurre una cierta homogeneidad entre la falta de daños del artículo 625.1 por la que resultan condenados los recurrentes y el delito de usurpación que les imputaba el ministerio fiscal, pues el hecho por el que han sido condenados ha sido romper la cerradura de la puerta de la vivienda para acceder a la misma, causando daños por importe de 16,86 euros, hecho contemplado desde el inicio en la acusación e introducido en el debate, y *ambas infracciones, usurpación y daños protegen el patrimonio ajeno, por lo que son infracciones homogéneas, sin que pueda, por tanto, hablarse de vulneración o quebrantamiento alguno del principio acusatorio*, máxime cuando la infracción por la que han sido condenados reviste naturaleza de mera falta y la acusación se formulaba por delito”. Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, S 20-9-2013, nº 858/2013, rec. 89/2013, Pte: Ramírez Ortiz, José Luis (EDJ 2013/222709): “En este contexto, no existiendo elementos de prueba

3.3.2.- ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA

Afirma MANZANARES SAMANIEGO: “La ocupación pacífica se encontraría en concurso delictivo real con los que se cometiesen posteriormente en el espacio protegido... Son imaginables también los concursos con los delitos de desobediencia a la autoridad o sus agentes”¹²⁹⁶.

Nada impide que si existe una resolución judicial (mandato expreso, concreto y terminante) ordenando el desalojo de un inmueble ocupado, y en el momento del lanzamiento se requiere al autor para que se abstenga de volver a ocuparlo, con los apercibimientos legales, se pueda incurrir en el delito de desobediencia (art. 556.1 CP) en caso de incumplimiento (nueva ocupación)¹²⁹⁷.

La Jurisprudencia *menor* ha estimado en ocasiones que concurre el concurso con el delito de desobediencia con el simple requerimiento de abandono no atendido¹²⁹⁸.

acerca de la existencia de enseres personales de los implicados dentro de la vivienda o de otros extremos de los que cupiera inferir que dieron comienzo a la ocupación, o que tuvieran intención de llevarla a cabo, procede modificar el relato de hechos probados en los términos que arriba se indican y, consecuentemente, absolver a ambos acusados del delito de ocupación de bien inmueble. Todo ello sin perjuicio de poner de relieve, por último, que *no cabe descartar la existencia de una hipótesis alternativa más favorable para los acusados, que permitiría la subsunción, de haberse formulado acusación en el caso concreto que nos ocupa, en la falta de daños del artículo 625 CP*, al no quedar acreditado el valor del detrimento económico. En consecuencia, difícilmente podrá afirmarse que se produce la certeza objetiva sobre la hipótesis acusatoria que permite enervar la presunción de inocencia”.

¹²⁹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 915. “Asimismo, podría plantearse un concurso de delitos entre la usurpación del art. 245.2 del código Penal y los delitos de desobediencia a la autoridad o sus agentes”. BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*... *Op. cit.*, Pág., 26. “Cabe el concurso de delitos con la desobediencia a la Autoridad o sus agentes”. GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*... *Op. cit.*, Pág., 400.

¹²⁹⁷ Dispone el artículo 556.1 CP: “1.- Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

¹²⁹⁸ *Vid.*, La Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 25-1-2006, nº 55/2006, rec. 403/2004, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña (EDJ 2006/11252), desestima el recurso de apelación formulado por la representación de José contra la sentencia dictada con fecha 4 de octubre de 2004 por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de lo Penal número 4 de esta capital confirmando íntegramente la sentencia recurrida y declarando de oficio las costas del recurso, la cual tenía como hechos probados y fallo: “Ha resultado probado y así se declara que el acusado, José, mayor de edad, sin antecedentes penales, recibió varios

Consideramos que existe un exceso punitivo si sólo hubo un requerimiento de desalojo desatendido y se aprecia un concurso real de delitos. No así, si se vuelve a ocupar el mismo inmueble tras lanzamiento y requerimiento de abstenerse de realizar tal conducta. Así parece entenderlo el Tribunal Supremo cuando absuelve a los ocupantes de la finca militar Las Turquillas, los cuales previamente habían sido condenados por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por delito de desobediencia grave a la autoridad y delito de usurpación pacífica. Estima el Alto Tribunal que no cabe apreciar el delito de desobediencia grave pues la negativa de los ocupantes a abandonar voluntariamente la finca es precisamente el contenido de injusto que integra el delito de usurpación, sin que se pueda sancionar repetidamente la ocupación de la finca militar las Turquillas por sindicalistas y simpatizantes del SAT, ya penada como usurpación (art. 245.2 CP), con una segunda figura delictiva, a través del delito de desobediencia (art. 556 CP)¹²⁹⁹.

requerimientos del Ayuntamiento de Farlete en fechas 12 de febrero de 2002, 13 de febrero de 2003 y 20 de agosto de 2003, para que se abstuviera de realizar cualquier labor agrícola sobre unas fincas de patrimonio comunal que en su día fueron adjudicadas a su padre, pero que falleció en el año 2001, por lo que el acusado ya no ostentaba ningún derecho sobre las mismas. El acusado, que es concejal del citado Ayuntamiento, no obstante a requerimiento hizo caso omiso a los mismos y siguió cultivando las tierras... *Que debo condenar y condeno a José como autor de un delito de desobediencia en concurso con un delito de usurpación*, a la pena de seis meses de prisión por el primer delito, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de multa de tres meses a razón de seis euros al día por el segundo delito, y al pago de las costas, incluidas las de la acusación particular. En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar al Ayuntamiento de Farlete en el importe del canon correspondiente a los años 2003 y 2004 de las fincas ilícitamente ocupadas, más intereses legales, que se fijará en ejecución de sentencia". Mantiene la calificación de las infracciones pero aplicando la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, la Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 18-12-2012, nº 316/2012, rec. 477/2012, Pte: Larrosa Amante, Miguel Ángel (EDJ 2012/317432): "El Juzgado de lo Penal num. 1 de Cartagena, con fecha 28 de junio de 2012, dictó Sentencia en los autos de que este rollo dimana declarando probados los siguientes hechos: " El 16-6-2005 la acusada, mayor de edad y sin antecedentes penales, se instaló con la finalidad de habitar la misma en la vivienda sita en... de Santa Ana, propiedad de Olegario, sin el consentimiento del mismo y sin satisfacer contraprestación alguna, permaneciendo en dicha vivienda pese a haberse dictado auto de 21-12-2005 por el Juzgado de Instrucción num. 1 de Cartagena en el que se acordaba como medida cautelar el desalojo del citado inmueble y habiendo sido requerida para que lo abandonara en el plazo de 7 días bajos los apercibimientos legales persistiendo en dicha actitud hasta el 3-2-2006, fecha en la que se dictó por el órgano instructor providencia acordando el lanzamiento inmediato del inmueble indebidamente ocupado. Durante la tramitación del procedimiento, en especial desde febrero de 2008 a diciembre de 2009 se han producido dilaciones que no han sido ocasionadas por la acusada". Segundo: En el fallo de dicha resolución expresamente se disponía: Que debo condenar y condeno a Evangelina como autora de: 1) Un delito de usurpación previsto y penado en el artículo 245.2 del CP... 2) Un delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 556 del Código Penal".

¹²⁹⁹ Vid., Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778): "El tercer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, e interpuesto por los cuatro recurrentes condenados por el delito de desobediencia, alega vulneración del art 556 CP 95, por estimar la parte recurrente que no concurre el delito de desobediencia grave a la autoridad objeto de acusación y condena. Conforme establece la

doctrina de esta Sala (ver, entre otras, la STS de 20 de enero de 2.010) el delito de desobediencia a la autoridad o sus agentes del art 556 CP, (distinto del delito de desobediencia de autoridades o funcionarios, previsto y penado en el art 410 CP), requiere, desde el punto de la vista de la tipicidad, la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes; b) que el mandato se halle dentro de las legales competencias de quien lo emite; c) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; d) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se ordena, y e) la concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, y f) la gravedad de la conducta, que diferencia el delito de la falta de desobediencia leve... En el caso actual no cabe apreciar la concurrencia de los referidos requisitos. En primer lugar la Sala sentenciadora, que se refiere de modo reiterado a la negativa contumaz de los acusados a abandonar la finca, es menos precisa cuando se trata de identificar el mandato objeto de desobediencia. Para la fundamentación de la subsunción de la conducta de los acusados en este tipo delictivo, se refiere la Sala en primer lugar a que "el Capitán de la Guardia Civil les comentó una y otra vez las consecuencias de su actitud desobediente y les pidió casi diariamente que desalojaran la finca de modo voluntaria". En el relato fáctico se señala igualmente que al llegar los ocupantes a la finca, "el Capitán de la Guardia Civil les comentó que estaban realizando un acto ilegal y debían desalojar la finca y desistir de su intención". Ahora bien estos "comentarios" y "peticiones", no revisten propiamente el carácter de "mandato expreso, concreto y terminante" que exige como presupuesto necesario el delito de desobediencia... Por ello ha de estimarse que el mandato que constituye el presupuesto específico del delito de desobediencia en la sentencia de instancia es el emanado de la autoridad judicial. A este mandato se refiere el relato fáctico de la sentencia impugnada al declarar probado que el Juzgado de Instrucción de Osuna dictó Auto acordando el "inmediato desalojo de la porción de terreno ocupado por militantes y simpatizantes del SAT en la finca Las Turquillas cuyo uso y explotación pertenezca al Ministerio de Defensa, empleándose los medios necesarios para ello, con advertencia expresa a los presuntos responsables que, en caso de reiteración del hecho, podrían incurrir en delito de desobediencia grave y dar lugar a la adopción de medidas más restrictivas. Debiéndose adoptar las medidas de vigilancia necesarias para evitar que en lo sucesivo puedan reiterarse hechos similares". Este auto fue notificado a los ocupantes, instándoles a que se retiraran, manifestando su negativa a hacerlo voluntariamente, conforme a lo acordado inicialmente al realizar la ocupación, por lo que la Guardia Civil montó el dispositivo necesario para el desalojo de los ocupantes por la fuerza, desalojo que tuvo lugar sin incidentes. En la citada resolución judicial cabe apreciar, sin duda alguna, la concurrencia del presupuesto básico del delito de desobediencia: un mandato expreso, concreto y terminante, emanado de la autoridad competente. Ahora bien la resolución judicial contiene dos disposiciones diferentes. La primera es la que ordena "el inmediato desalojo de la porción de terreno ocupado por militantes y simpatizantes del SAT en la finca Las Turquillas cuyo uso y explotación pertenezca al Ministerio de Defensa, empleándose los medios necesarios para ello", y se dirige en realidad a las fuerzas del orden, para que procedan efectivamente al desalojo de la finca ocupada, "empleando los medios necesarios para ello". La segunda es la que constituye un mandato dirigido expresamente a los ocupantes, para que se abstengan de nuevas ocupaciones, una vez desalojados, y es la que contiene una advertencia expresa de incurrir en delito de desobediencia "con advertencia expresa a los presuntos responsables que, en caso de reiteración del hecho, podrían incurrir en delito de desobediencia grave". Sin que esa advertencia se refiera al supuesto de que los ocupantes se nieguen a abandonar voluntariamente la finca, pues esta negativa se presupone, dada la naturaleza y circunstancias de la ocupación, y constituye precisamente el presupuesto de la orden de desalojo por la fuerza... No cabe apreciar, por ello, en el caso enjuiciado un delito de desobediencia grave pues la negativa de los ocupantes a abandonar voluntariamente la finca es precisamente el contenido de injusto que integra el delito de usurpación. El acto simbólico de protesta social (atípico) se convierte en delictivo porque los acusados habían configurado la ocupación como indefinida, acordando no abandonar la finca hasta que fuesen obligados a ello por la fuerza. No cabe sancionar repetidamente esta acción, ya penada como usurpación, añadiendo una segunda figura delictiva, a través del delito de desobediencia. Es por ello por lo que, con buen criterio, el Órgano Jurisdiccional no impuso en su Auto a los ocupantes el abandono de la finca bajo apercibimiento de desobediencia, sino que ordenó el desalojo a la fuerza pública, "empleando los medios necesarios para ello", y seguidamente acordó advertir expresamente a los ocupantes de que podrían incurrir en delito de desobediencia grave, no en el supuesto de que se limitasen a permanecer pacíficamente en la finca hasta el desalojo forzoso (comportamiento sancionable como usurpación), sino en el caso de reiteración del hecho una vez desalojados policialmente. Por tanto, específicamente en el supuesto actual, es el apercibimiento el que limita y precisa el contenido del

Si bien, son más habituales en la práctica los concursos con los delitos de atentado a agentes de la autoridad (previsto y penado en los arts. 550.1 y 550.2 y 3 CP) o de resistencia (art. 556.1 CP), cometidos en el momento del desalojo¹³⁰⁰.

mandato a los efectos de responsabilidad por delito de desobediencia en caso de incumplimiento, concretando esa responsabilidad el propio Juzgador en el supuesto de que se hiciese ineficaz el desalojo mediante una nueva incursión en la finca, pero no en el caso de mera continuidad de la protesta social en la forma en que estaba diseñada, es decir como ocupación pacífica de la finca hasta el desalojo policial. Lo que no significa, en absoluto, legitimar la forma en que dicha protesta se ha realizado, por mucho que fuera su respaldo social o político, pues el comportamiento enjuiciado debe ser considerado en todo caso como delictivo, al actuar los recurrentes manifiestamente al margen de la legalidad vigente, y debe ser sancionado como delito de usurpación por el carácter indefinido y persistente de la ocupación realizada. Se trataba, desde la iniciación de la protesta, de una acción que pretendía incidir en la sociedad en general, y captar adhesiones, para poder denunciar lo que se consideraba un abuso o injusticia. De ahí que la publicidad sea uno de sus elementos característicos, como también su carácter colectivo, no individual, y su realización por un grupo de personas que comparten unas convicciones, y que cuentan con cierta coordinación. Pero esta apelación para que se reconsideren ciertas decisiones o para abrir o profundizar un debate público sobre los problemas de desempleo en la zona o el mejor uso de la finca ocupada, se cumple con el simbolismo y la publicidad de la ocupación, y no justifica en absoluto su carácter indefinido ni una persistencia que perturba de modo muy relevante y desproporcionado las facultades que competen al titular dominical. En consecuencia, habiéndose procedido al desalojo policial sin incidentes, y no habiéndose producido la reiteración que prohibía expresamente el mandato judicial bajo apercibimiento de desobediencia, ha de estimarse que la prolongación indefinida por parte de los acusados de la ocupación de la finca militar inicialmente realizada como una acción simbólica de protesta social, debe ser sancionada como delito de usurpación, sin que sea procedente el castigo adicional por delito de desobediencia, cuyos presupuestos típicos no concurren en el caso actual, máxime cuando los acusados acabaron accediendo pacíficamente al desalojo cuando se recurrió a la fuerza policial, tal y como habían diseñado la protesta desde su iniciación”.

¹³⁰⁰ Dispone el artículo 550 CP: “1.- Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas. 2.- Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos. 3.- No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses”. Y el artículo 556.1 CP: “1.- Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. La Jurisprudencia menor condena por usurpación y atentado (en concurso ideal este último con los correspondientes delitos o faltas de lesiones): Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 4-12-2000, nº 1279/2000, rec. 1454/2000, Pte: Iglesias Martín, José Carlos (EDJ 2000/70745); Audiencia Provincial de Huesca, S 12-7-2001, nº 123/2001, rec. 24/2000, Pte: Gutiérrez Celma, Gonzalo (EDJ 2001/30662); Audiencia Provincial de Alicante, sec. 7ª, S 24-10-2005, nº 732/2005, Pte: Jiménez Morago, José Teófilo (EDJ 2005/339793); Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2ª, S 3-2-2014, nº 87/2014, rec. 7/2014, Pte: Magaldi Paternostro, María José (EDJ 2014/27988). Y por usurpación y resistencia: Audiencia Provincial de Granada, sec. 1ª, S 30-10-2013, nº 550/2013, rec. 143/2012, Pte: Flores Domínguez, Jesús (EDJ 2013/298747).

3.3.3.- DEFRAUDACIONES DE FLUIDO ELÉCTRICO Y ANÁLOGAS

La ocupación pacífica de inmuebles puede entrar en concurso real con los delitos de defraudaciones de fluido eléctrico, y análogas, cuando el titular del inmueble ilegítimamente ocupado no tiene contratados los servicios de luz, agua, gas, telecomunicaciones... con la compañía suministradora, y el ocupante realiza enganche ilegal a otro propietario, a la comunidad, o directamente a la empresa suministradora, empleando cualquiera de los medios fraudulentos tipificados en el artículo 255.1 del Código Penal. Si no consta la cuantía de lo defraudado o ésta es inferior a 400 euros el concurso será con el delito leve del apartado 2 del mismo artículo (antigua falta del art. 623.4 CP)¹³⁰¹.

¹³⁰¹ Vid., MAGRO SERVET, V.: << Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las comunidades de vecinos. ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u ocupación de viviendas y los enganches ilegales de luz a vecinos? >> en *Diario La Ley... Op. cit.*, Págs., 2-4. Dispone el artículo 255 CP: “1.- Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes: 1º.- Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación. 2º.- Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores. 3º.- Empleando cualesquiera otros medios clandestinos. 2.- Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”. Audiencia Provincial de Madrid, sec. 3ª, S 22-6-2009, nº 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana María (EDJ 2009/397904): “En fecha no determinada, en todo caso a principios del año 2.006, la acusada María, mayor de edad y sin antecedentes penales, se introdujo, sin que conste modo de acceso, en el inmueble sito en la calle... de Madrid, perteneciente a Celso y Conrado, que se encuentra declarado en estado de ruina, manteniéndose en el mismo pese a conocer que no tiene título para tal permanencia y que ha de abandonar la casa. La mencionada acusada María, ha venido disfrutando de los servicios de agua y luz sin tener contrato que la habilite para ello; en concreto y por lo que se refiere al agua, fue bloqueada en agosto de 2.006 y desbloqueada posteriormente, produciéndose su toma a través de un tubo de polietileno desde la instalación antigua, que saliendo de la zona de contadores está directamente conectado a la red del canal... es razonable y lógica la condena por la falta de defraudación de agua, al haber quedado acreditado en los autos que la acometida de agua se canceló y bloqueó con anterioridad a la ocupación de la vivienda por la recurrente, y que esta con posterioridad tenía en la vivienda agua constando la instalación de una nueva tubería de polietileno que desde la instalación antigua sale directamente a la red del canal de Isabel II, lo que aseveró en el plenario Olegario, Jefe de departamento de fraude de dicho canal”. Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 29-3-2011, nº 145/2011, rec. 190/2011, Pte: Antón Blanco, José Luis (EDJ 2011/111316): “En fecha no determinada del año 2005, pero en todo caso anterior al día 30/12/05, el acusado Celso... accedió al interior del inmueble propiedad de... , sito en... de Benicassim, consistente en una caseta que no reunía condiciones de habitabilidad, y no contando con autorización de su propietario, fijando su residencia y permaneciendo en el mismo hasta el día 24 de marzo de 2006, fecha en que abandonaron el inmueble a requerimiento de la autoridad judicial. Asimismo, durante el tiempo referido procedieron a conectar directamente cables a la red principal para toma y suministro de la casa de corriente eléctrica, no constando el importe de la electricidad defraudada y por lo que Iberdrola nada reclama... En definitiva el motivo principal del recurso debe ser desestimado... Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Celso... revocando la misma únicamente en la cuota de las penas de multa impuestas por el delito y por la falta de lo que viene condenado, declarando las costas de alzada de oficio”. Audiencia Provincial de Murcia, sec. 5ª, S 11-9-2012, nº 217/2012, rec. 410/2012, Pte: Nicolás Manzanares, José Manuel (EDJ 2012/208341): “El acusado Cayetano... y la acusada Cándida... el 29 de febrero de 2012, previamente concertados, penetraron en el interior de la vivienda deshabitada sita en... de Cartagena, propiedad de la

Los simples gastos de luz, gas, agua... ocasionados al titular del inmueble sin emplear para su disfrute ninguno de los mecanismos descritos en el artículo 255 del Código Penal, entrarían dentro de los daños a indemnizar al perjudicado por parte del sujeto activo, como responsabilidad civil derivada de la comisión del delito de ocupación pacífica, sin configurar un delito de defraudación de fluido eléctrico, o análoga¹³⁰².

3.3.4.- SALUD PÚBLICA

El autor del delito de ocupación pacífica, en ocasiones, es condenado además por un delito contra la salud pública (art. 368 CP)¹³⁰³.

entidad bancaria Cajamurcia, sin el conocimiento ni consentimiento de ésta, tras forzar la cerradura de la puerta principal se mantuvieron hasta 6 de marzo de 2012 cuando fueron instados por una dotación del Cuerpo Superior de Policía a abandonar el inmueble. Durante su estancia ilícita, los acusados manipularon las instalaciones de luz y agua con el fin de consumir los mencionados fluidos de forma gratuita... Frente al contenido de la sentencia de instancia, que condena a los acusados, Cayetano y Cándida, como autores de un delito de...usurpación del artículo 245.2 del Código Penal y de una falta de defraudación de luz y agua del artículo 623.4 del mismo texto legal, dichos acusados interponen recurso de apelación... Procede por ello, junto con lo razonado por la Juzgadora "a quo", la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada". Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, S 10-2-2015, nº 25/2015, rec. 90/2015, Pte: Regidor Martínez, Saturnino (EDJ 2015/67512): "Durante todo el tiempo que la acusada ocupó ilegalmente la citada vivienda, disfrutó de energía eléctrica, sin haber contratado con la Entidad Endesa el suministro de la misma, y valiéndose de un puente en el contador de la luz, ocasionando a Endesa un perjuicio de 2.797,86 euros... La medición exacta de lo defraudado, sea gas, agua, electricidad u otro fluido o energía es una operación complicada precisamente porque los consumos conseguidos ilícitamente quedan fuera del conducto de un aparato medidor. Por ello este tipo de cálculos han de efectuarse en relación a otros parámetros fiables a partir de los cuales deducir la cifra relevante para el proceso, pues siendo obvio que no puede determinarse por contador la electricidad consumida y defraudada, al haberse puenteado el citado aparato contador, resulta forzoso calcular la defraudación deduciéndola de otros datos objetivos. Como en otras ocasiones ha declarado esta Audiencia (Sentencia de 6 de marzo de 2013) a propósito del cálculo de la cantidad defraudada como consecuencia de ese consumo fraudulento, constituye prueba de cargo válida y suficiente el informe elaborado por la empresa suministradora, el cual realiza ese cómputo en base al art. 87 del R.D. 1955/2000 de 1 de Diciembre (EDL 2000/88940) por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, calculando un importe correspondiente al producto de la energía contratada, o que se hubiese debido contratar, por seis horas de utilización diarias durante un año". *Vid.*, Audiencia Provincial de Valencia, sec. 5ª, S 25-6-2013, nº 402/2013, rec. 89/2013, Pte: Rojo Beltrán, Pilar Esther (EDJ 2013/148570); Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 8ª, S 21-2-2014, nº 59/2014, rec. 120/2013, Pte: González Castrillón, María del Carmen (EDJ 2014/60835); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 6ª, S 11-4-2014, nº 225/2014, rec. 63/2013, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier (EDJ 2014/158869); Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 20-10-2015, nº 697/2015, rec. 1489/2015, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2015/210814).

¹³⁰² MUÑOZ MARÍN, A.: << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos...* Op. cit., Pág., 172.

¹³⁰³ Dispone el artículo 368 CP: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias

3.3.5.- COACCIONES

Excepcionalmente, y pese a lo anteriormente expuesto la Jurisprudencia *menor* ha condenado por delito de usurpación y coacciones¹³⁰⁴.

3.3.6.- ESTAFA INMOBILIARIA

Como ya expusimos la sociedad tiene interés en salvaguardar esa confianza que la apariencia manifiesta, y por tanto que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular) y así dotar al tráfico jurídico de una

psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370". Vid., Audiencia Provincial de Granada, sec. 2ª, S 28-10-2004, nº 565/2004, rec. 47/2004, Pte: Rodríguez Cano, Eduardo (EDJ 2004/244937); Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1ª, S 15-10-2007, nº 107/2007, rec. 44/2007, Pte: Beltrán Mairata, Margarita (EDJ 2007/275348); Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 18-10-2010, nº 536/2010, rec. 47/2009, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier (EDJ 2010/367201); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 3ª, S 3-5-2012, nº 327/2012, rec. 92/2011, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan (EDJ 2012/173539); Audiencia Provincial de Castellón, sec. 1ª, S 13-1-2015, nº 13/2015, rec. 967/2014, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos (EDJ 2015/36273); Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2ª, S 11-11-2015, nº 748/2015, rec. 59/2015, Pte: Fernández Hevia, María del Rosario (EDJ 2015/252037).

¹³⁰⁴ Vid., Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 3-3-2009, nº 193/2009, rec. 75/2009, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2009/54874): "En los citados autos recayó sentencia con fecha 2 de diciembre de 2008, cuya parte dispositiva, en lo necesario para la resolución del recurso, es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que debo condenar y condeno a D. Ezequías, como autor responsable de un delito de usurpación del art. 245.2, inciso 1º CP... como autor de una falta de daños del art. 625.1... y como autor de una falta de coacciones del art. 620.2 CP... La sentencia apelada contiene la siguiente relación fáctica... El acusado Ezequías era arrendatario de una finca rústica sita en el término de Pleitas (Zaragoza) situada en el paraje Mejana de Pleitas, propiedad de Gumersindo, ya que había fallecido su madre Mónica. Por Sentencia de 9 de mayo de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Zaragoza (juicio núm. 94/07) se resolvió el contrato de arrendamiento de dicha finca por falta de pago, estando el acusado obligado a abandonarla en virtud de orden de lanzamiento de fechas 13 y 18 de julio de 2007. Pese a ello el acusado, durante un año al menos, ha hecho caso omiso de ello, ingresando en dicha finca, llegando a romper la cerradura que da acceso a la misma, y que había sido puesta en virtud de la orden de dicho Juzgado, habiendo ocasionado desperfectos por ello por valor de 397,88 euros". Hechos probados que como tales se aceptan... procede la desestimación íntegra del recurso interpuesto por la representación de Ezequías y la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. Dos de esta Ciudad en cuanto a este recurso se refiere". Y en sentencia de conformidad: Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 3ª, S 6-2-2015, nº 4/2015, rec. 62/2014, Pte: Ruiz Ramo, José (EDJ 2015/20062).

mayor seguridad jurídica; lo cual es protegido por el Derecho penal a través de la ocupación pacífica (art. 245.2 CP)¹³⁰⁵.

En una progresión delictiva, en teoría nada impide que entre en concurso el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles con el tipo agravado de estafa inmobiliaria (art. 251.1º CP). Así, es perfectamente posible que el ocupante ilegítimo de un inmueble que no constituya morada, atribuyéndose falsamente sobre el bien inmueble ocupado facultades de disposición de las que carece por no haberlas tenido nunca, y aparentando ser su legítimo propietario, proceda a la enajenación o arrendamiento del inmueble a otro, en perjuicio de éste o de un tercero (el legítimo propietario)¹³⁰⁶.

¹³⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I. Derechos reales en general*. Ed. Tecnos, 8ª edición. Madrid, 2012. Págs. 83-84. “La función de legitimación que la posesión otorga. Se alude con ello no a las condiciones o requisitos necesarios para ostentar la titularidad de un derecho, sino a las condiciones y requisitos necesarios para poder presentarse exteriormente como titular de tal derecho y ejercitarlo... La función de legitimación significa que determinadas situaciones de exterior comportamiento respecto de una cosa, permiten que una persona pueda ser considerada como titular de un derecho sobre ella y que pueda por consiguiente ejercitar sobre tal cosa las facultades derivadas de dicho derecho, sin otra base que la apariencia y, por tanto, sin necesidad de probar la verdadera titularidad. Los terceros pueden, a su vez, confiar en la apariencia y los negocios jurídicos fundados en tal apariencia son en principio válidos y eficaces o, por lo menos, reciben una cierta protección. Este doble efecto de la función de legitimación de la posesión se encuentra en nuestro Derecho positivo consagrado en los artículos 448 y 464 CC. Con arreglo al primero de los mencionados preceptos, “el poseedor en concepto de dueño tiene la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo”. Deriva de la posesión la presunción de que el poseedor ostenta la titularidad sobre la cosa... La función de legitimación conduce... [a otro de los] efectos que la posesión determina y que consiste en su conversión en dominio o en titularidad jurídico-real, mediante la usucapión, cuando la posesión ha subsistido quieta, pacífica e ininterrumpidamente durante el lapso de tiempo establecido por la ley”. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión... Op. cit.*, Págs., 624-625.

¹³⁰⁶ Dispone el Artículo 251.- “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años: 1º.- Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero”. Vid., Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel (EDJ 2008/315131): “El supuesto del artículo 251.1 del Código Penal, ampliado en la reforma de 1.983 al arrendador y gravamen, no plantea en realidad ningún problema de distinción con la estafa propia del artículo 248, ya que el atribuirse falsamente facultad de disposición (“fingirse dueño” como se decía en el anterior Código Penal) es un engaño suficiente para generar los demás elementos del delito de estafa, tal y como indica la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 2.002 al decirnos que “la figura delictiva contemplada en el artículo 531.1 [CP de 1973, (hoy art. 251.1 CP 1995)] se ha considerado una estafa especial o impropia, pero partícipe de los mismos requisitos que la estafa común, con la especialidad de que el engaño se sustituye por la ficción dominical o falsa atribución de propiedad”. Por ello sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2.000 que “en el artículo 531 del CP de 1.973 (hoy en el artículo 251 del CP de 1.995) se incluyen las modalidades de estafa que la doctrina ha denominado “estafas específicas o impropias”, si bien la prevista en el primer párrafo de la norma ha sido considerada por la jurisprudencia un supuesto plenamente asimilable al tipo genérico definido en el artículo 528 del CP de 1.973 [hoy art. 248 CP 1995], de suerte que, para apreciar su existencia se debe exigir (sentencia de 2 de febrero de 1.994) que el sujeto activo haya logrado un desplazamiento patrimonial mediante un engaño

Si bien frente al concurso expuesto, en la práctica es más frecuente el fenómeno que denominamos de *sucesión en la ocupación bajo “apariencia” de legalidad*. Con esta denominación nos referimos al fenómeno creciente en la realidad social consistente en la existencia de bandas organizadas (inmobiliarias okupas) que por un precio de venta (en realidad un precio por permitir el acceso) de entre 1.000 y 3.000 euros “venden” un inmueble. Estos inmuebles en la mayoría de los casos no son de particulares (personas físicas). Se trata, normalmente, de viviendas de protección oficial aún no adjudicadas; o de viviendas de propiedad de entidades financieras. En este último supuesto los inmuebles proceden, bien de daciones en pago (en su mayoría de inmigrantes con escasos recursos económicos que tras la crisis han abandonado territorio español regresando a sus países de origen); bien de viviendas que pertenecían a familias que han sido desahuciadas tras ejecución hipotecaria, como consecuencia del impago de las cuotas del préstamo en su día concedido para la adquisición de la vivienda¹³⁰⁷.

bastante que, en este caso, debe consistir en la falsa atribución de la propiedad de un inmueble (cabe recordar que el artículo 251 del CP vigente considera objeto posible del delito también a una cosa mueble) que se ofrece en venta al sujeto pasivo, bien entendido que aunque el perjudicado por la maquinación puede ser un tercero, debe ser el sujeto pasivo del engaño el que realice el acto de disposición, inducido por el falseamiento de la realidad que le es presentado. Para que alcance realidad el tipo delictivo cuestionado es, pues, necesario que el sujeto activo finja ser propietario de un inmueble, que mediante esta simulación consiga que el sujeto pasivo acepte una enajenación que cree le es propuesta por quien tiene titularidad bastante para ello y que, como consecuencia del engaño provocado, el sujeto pasivo realice un acto de disposición patrimonial en su perjuicio o en el de un tercero. A lo que cabe añadir dos notas de validez general para todo delito de estafa pero dignas de una especial ponderación en el caso enjuiciado en la sentencia recurrida: que el engaño puede consistir en la deliberada ocultación de datos o en la omisión de informaciones (sentencias de 22 de noviembre de 1.986, 27 de abril de 1.990 y 20 de abril de 1.993) siempre, claro está, que la conducta omisiva tenga eficacia causal para la producción del error en el sujeto pasivo y sea determinante de su acto de disposición, y que en la estafa es indispensable el dolo antecedente proyectado sobre todos los elementos objetivos del tipo (sentencia de 13 de octubre de 1.987) siendo incompatible la imprudencia con la esencia misma de este delito, por lo que el error que afecte a un elemento esencial del tipo, sea vencible o invencible, excluye la culpabilidad””.

¹³⁰⁷ Cfr., BETIM, F.: << Se vende piso okupado por 1.000 euros >> en *El País. Madrid*. 23/01/2014. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/01/22/madrid/1390420420_296720.html; LÓPEZ FRÍAS, D.: << La resaca de la burbuja. Así son las inmobiliarias okupas que cobran por asaltar los pisos vacíos de los bancos >> en *El Español. Reportajes*. 31/10/2015. http://www.elspanol.com/reportajes/20151030/75492490_0.html; ÁLVAREZ, M.J.: << Mafias de okupas atemorizan a cientos de vecinos en Vallecas >> en *ABC. España. Madrid*. 25/01/2016. http://www.abc.es/espana/madrid/abci-mafias-okupas-atemorizan-cientos-vecinos-vallecas-201601252223_noticia.html. “Cinco grupos organizados controlan las okupaciones mafiosas de pisos en la capital, según un informe de la Federación Regional de Asociaciones de Vecinos (FRAVM). Se calcula que hay más de mil pisos okupados en la ciudad por estas bandas violentas que cobran a estos inquilinos entre 200 y 300 euros por un alquiler mensual y 2.000 o 3.000 euros en el caso de que vendan la propiedad de la casa okupada. Los distritos más afectados por estas usurpaciones conflictivas son Villaverde (400), Villa de Vallecas (160), Puente de Vallecas (100), Carabanchel (100), Usera (50),

No podemos hablar en estos últimos supuestos de estafa inmobiliaria, pues, en realidad no existe un *engaño* al comprador. Éste es perfectamente conocedor (por el precio irrisorio frente al de mercado, el estado de la vivienda –puertas apalancadas, puertas deterioradas y con evidente cambio de cerraduras-, ausencia del más mínimo formalismo legal, etc.) de la falta de título legítimo del “propietario”. Sabe que el inmueble no pertenece a quien se lo transmite, pero paga por tener un techo donde guarecerse. El adquirente es perfectamente conocedor de que está ocupando un inmueble, y de que en realidad no está comprando ninguno. Lo mismo sucede en los casos de *alquiler* de estos inmuebles. Es lo que se conoce en el argot como “alquiler de patada”¹³⁰⁸.

Centro (50) y Tetuán (40). Estas bandas han hecho añicos la convivencia en estos barrios y la preocupación entre los vecinos es tremenda. "Las okupaciones acarrearán drogas, delincuencia, miedo y suciedad", explica una de las vecinas del barrio de Vallecas... Según la FRAVM, cada uno de los grupos violentos controla una zona de la ciudad. "Hay veces que cobran por el acceso a la vivienda un precio que puede ser de entre 2.000 y 3.000 euros y otras veces que cobran entre 200 y 300 euros si las mafias se ocupan de alquilarle el piso", explican... Las mafias están pendientes de los anuncios de alquiler de pisos y también están atentos en verano para usurpar viviendas a las personas, sobre todo ancianos, que se van de vacaciones. Así sucede en el barrio de San Cristóbal de los Ángeles, uno de los más castigados por las bandas okupas y donde los vecinos viven más atemorizados por familias procedentes de la Cañada Real. El problema más grave se está registrando en el PAU de Vallecas, en el triángulo de calles formado por las vías de Antonio Gades, Gran Vía y Eduardo Chillida. Aquí se han apoderado las mafias de "espacios públicos y montan fiestas a diario en época estival hasta la madrugada, hacen carreras de motos y coches e intimidan a los comerciantes de la zona", según el documento de la FRAVM. En esta zona se están ejecutando desahucios no conflictivos pero los vecinos expulsados reocupan pisos del IVIMA y de la EMVS". DURÁN, L.F.: << El mapa de la mafia okupa en Madrid >> en *El Mundo. Madrid. Vivienda*. 25/02/2016. <http://www.elmundo.es/madrid/2016/02/24/56ce1e8fe2704e42338b45b2.html>.

¹³⁰⁸ ““Tener tu propio piso es tan fácil como darme a mí 400 euros”, me cuenta un tipo que prefiere no dar su nombre y al que llamaré Ricardo a partir de ahora. “Le pego una patada a la puerta. Pincho la luz, el agua y el gas. Luego pongo una cerradura nueva y te doy la llave en mano. Lo que venga después es cosa tuya”... Se podría decir que son una especie de “inmobiliarias okupas”. Al recibir un encargo, desarrollan todo el proceso: detectan un piso vacío, entran forzando la puerta, enganchan los suministros, cambian la cerradura y entregan la llave a sus nuevos inquilinos. A cambio reciben pagos que oscilan entre los 300 y los 700 euros... “Buscamos pisos de bancos y no de particulares”, explica Ricardo. “El objetivo de nuestros inquilinos es obtener un alquiler social. Un particular no va a negociar. Un banco con una amplia bolsa de viviendas, sí””. LÓPEZ FRÍAS, D.: << La resaca de la burbuja. Así son las inmobiliarias okupas que cobran por asaltar los pisos vacíos de los bancos >> en *El Español. Reportajes*. 31/10/2015. http://www.elespanol.com/reportajes/20151030/75492490_0.html. Vid., Audiencia Provincial de Madrid, sec. 23ª, S 21-4-2008, nº 47/2008, rec. 4/2007, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2008/206856): “En definitiva, en estas figuras de estafa impropia del art. 251 CP el engaño aparece implícito en cada una de ellas... En principio, el engaño debe revestir las mismas características que se exigen para el que opera como requisito de la estafa genérica, es decir, debe ser un engaño bastante para producir el error en otro, induciéndolo a realizar el acto del que se deriva su perjuicio. Así, se ha señalado que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta tanto su capacidad objetiva para hacer que el sujeto pasivo del mismo, como hombre medio, incurra en un error, como, al mismo tiempo, las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo, o dicho de otra forma, su capacidad concreta para resistirse al artificio organizado por el autor (STS núm. 893/2003, de 17 de junio). La atención a las circunstancias del caso ha sido resaltada también en otras ocasiones (STS núm. 686/2002, de 19 de abril), señalando que: “el engaño calificado de *bastante*, tanto por el legislador de 1973 como por el de 1995, debe atemperarse a las

Si bien, en la práctica policial y judicial española nos encontramos con que el nivel de investigación sobre la autoría del delito finaliza en la averiguación de la filiación de este segundo ocupante ilegítimo, y la formulación de acusación contra el mismo, quedando impune y formando parte de la cifra negra¹³⁰⁹, por falta de autor

circunstancias del caso, considerando parámetros tanto objetivos como subjetivos, siendo trascendental su entidad para definir la clase de responsabilidad exigida (SSTS entre otras de 2-3, 28-3, 19-5 o 5-6-2000 o 22-1 y 14-5-2001)". Como tal delito de estafa requiere unos elementos que la jurisprudencia ha señalado reiteradamente, por todas STS 1768/2002, de 28 de octubre, y consistentes en 1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. 2º) Dicho engaño ha de ser "bastante", es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante. 3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. 4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonesto la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurran en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado. 5º) Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del CP (y), entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia. 6º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el "dolo subsequens", es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa. A semejantes presupuestos aluden las Sentencias de esta Sala de 4 diciembre 1980, 28 mayo 1981, 9 mayo 1984, 5 junio 1985, 12 diciembre 1986, 26 abril 1988, 24 noviembre 1989, 29 marzo y 11 octubre 1990, 24 marzo 1992, 12 marzo y 18 octubre 1993. La especificad de la modalidad de estafa contenida en el art. 251 del Código Penal es que el engaño típico de la estafa aparece concretado en la tipicidad, esto es, la maquinación insidiosa, la artimaña, en definitiva el engaño, se concreta en la actuación de facultades de enajenación o de disposición de las que se carece y en la constitución de un gravamen tras haberlo vendido como libre...".

¹³⁰⁹ "A efectos penales, desde luego (por imperativo del principio de legalidad), sólo pueden reputarse "delito" las conductas descritas en la ley, y "delincuente", la persona castigada por los tribunales de justicia. Pero a efectos criminológicos, tal restricción carece de fundamento y pugna con el "realismo" propio de la Criminología como disciplina empírica. Ni ésta circunscribe su análisis, como se verá, a los hechos previstos en el Código Penal, ni considera sinónimos los términos "delincuente" y "condenado" o "recluso"; la Criminología ha de optar por la "verdad real", no por la verdad "legal". Por ello, el

conocido, la conducta de la banda organizada que prepara esos inmuebles para terceras personas, las cuales ulteriormente resultan, en ocasiones, condenadas como ocupantes ilegítimos. “Preparación” que puede consistir en tres modalidades distintas: la *venta*, el *alquiler*, o simplemente cobrar por dar la “*patada en la puerta*” y facilitar el acceso (la ocupación) del inmueble¹³¹⁰.

3.4.- Usurpación pacífica y concurso medial

Cabe también el concurso medial si la ocupación tuviera como finalidad la comisión ulterior de otro delito en el inmueble o vivienda invadidos. Por otro lado, nada impide que otro delito entre en concurso medial con la ocupación si aquél fue medio para realizar la ocupación¹³¹¹.

3.4.1.- FALSEDADES DOCUMENTALES

Puede existir concurso ideal medial entre falsedad documental y usurpación pacífica de bienes inmuebles, si la ejecución precisara, o se realizara mediante la falsificación de algún documento, público o privado (conducta sancionable conforme a

criminólogo examina... y se preocupa, legítimamente... de la llamada criminalidad "oculta" o de la "cifra negra" de ciertas conductas delictivas, aunque en ambos supuestos el autor eluda la imposición y cumplimiento de la pena”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología... Op. cit.*, Pág., 87. “La "cifra negra" alude a un cociente (concepto aritmético) que expresa la relación entre el número de delitos efectivamente cometidos y el de delitos estadísticamente reflejados”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos... Op. cit.*, Pág., 63.

¹³¹⁰ “La perpetración de un hecho delictivo pasa, a menudo, inadvertida, no trasciende a terceros, o trasciende, pero éstos, por muy diversas razones, no denuncian el mismo, de modo que ni siquiera llega a conocimiento de la autoridad competente para perseguirlo y castigarlo. Otras veces la denuncia no da su fruto: no se abre la oportuna investigación o arroja un resultado final negativo, pues la autoridad policial y la judicial filtran y seleccionan aquellas pretensiones punitivas que (a juicio de estas últimas) requieren y merecen la respuesta oficial del Estado. La propia persecución formal del hecho denunciado, por otra parte, no siempre concluye con una sentencia condenatoria para el presunto infractor ni éste cumple, en su caso, un hipotético castigo impuesto. Ni todo delito cometido trasciende, ni todo delito conocido se denuncia, ni todo delito denunciado se persigue, ni todo delito perseguido se castiga, ni toda condena impuesta se cumple”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos... Op. cit.*, Pág., 62.

¹³¹¹ “Cabe también el concurso medial si la ocupación tuviera como finalidad la comisión ulterior de otro delito en el inmueble o vivienda invadidos, si bien en este... supuesto bastará generalmente una leve entrada que no llenaría el tipo de la usurpación”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... *Op. cit.*, Pág., 915.

los arts. 390 y siguientes del Código) que exteriorice mendazmente una autorización para la ocupación¹³¹².

La Jurisprudencia *menor* condena por delito de usurpación y delito continuado de falsificación en documento privado (entendemos que en concurso real aunque se omita toda referencia a la naturaleza del concurso) cuando después de consumada la usurpación, su autor a fin de evitar su desalojo y provocar el archivo del procedimiento penal en el que tenía la condición de imputado, o bien, en su caso, provocar una sentencia absolutoria por el delito de usurpación, presenta ante el Juez de Instrucción un contrato de arrendamiento y un recibo de pago de alquiler inexistentes con la firma falsificada del dueño del inmueble. En otro supuesto similar se condena además por simulación de delito (art. 457 CP) en grado de tentativa al presentar varias denuncias alegando que le había sido alquilada la vivienda¹³¹³.

¹³¹² “Pueden existir también otros concursos, extrínsecos, si la ejecución de los delitos de usurpación precisaren de la falsificación de algún documento, público o privado (conducta sancionable conforme a los arts. 390 y siguientes del Código). Ello podría suceder en los delitos de ocupación pacífica de inmueble no constitutivo de morada (si se falsifican los documentos que exterioricen una autorización para ello), alteración de términos o lindes (si se falseara cualquier título que establezca las demarcaciones que se pretenden alterar), y distracción del curso de las aguas (si se falsificara la autorización que permitiría actuar al sujeto activo del delito). En las demás modalidades de usurpación, dada la exigencia legal de violencia o intimidación, no es previsible la existencia de un concurso de delitos semejante”. MESTRE DELGADO, E.: << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 349. Dispone el artículo 390 CP: “1.- Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1º.- Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2º.- Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3º.- Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4º.- Faltando a la verdad en la narración de los hechos. 2.- Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil”. El artículo 392 CP: “1.- El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”. Y el artículo 395 CP: “El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

¹³¹³ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 4ª, S 8-4-2013, nº 42/2013, rec. 74/2012, Pte: Pestana Pérez, Mario (EDJ 2013/104120): “Entre los días 24 y 25 de enero de 2011, Teodulfo, mayor de edad, de nacionalidad iraní, con residencia legal en España y sin antecedentes penales, ocupó el inmueble sito en... de Madrid, tras cambiar la cerradura de la puerta de la casa y siendo consciente de que tal comportamiento era frontalmente contrario a la voluntad del dueño de la misma, D. Luis Enrique. Previamente, el acusado estado de negociación con el Sr. Luis Enrique el alquiler de la aludida vivienda, cuyo pésimo estado de conservación la hacía inhabitable, sin que tales tratos preliminares culminasen en el correspondiente contrato de arrendamiento a causa de la ausencia de voluntad contractual del propietario, claramente expresada reiteradamente por éste a Teodulfo. El Sr. Luis Enrique

denunció inmediatamente la ocupación del inmueble de su propiedad por parte del acusado, concretamente el día 25 de enero de 2011, lo que dio lugar a la incoación del correspondiente procedimiento penal en el Juzgado de Instrucción número 29 de Madrid (Diligencias Previas núm. 1693/2011). Teodulfo declaró como imputado el día 10 de mayo de 2011, en el marco de las referidas Diligencias Previas, y en su declaración ante el Juez de Instrucción manifestó que había alquilado la citada vivienda al Sr. Luis Enrique mediante contrato escrito de fecha 30 de marzo de 2011, e igualmente que le había pagado 3.000 Euros en concepto de rentas arrendaticias. En dicha declaración, el acusado aportó al Juez de Instrucción dos documentos: Un recibo fechado el día 25 de enero de 2011, en el que figuraba el nombre de D. Luis Enrique y su DNI, y se declaraban recibidos por éste 3.000 Euros en concepto de alquiler del piso sito en... de Madrid; y un contrato de arrendamiento fechado el día 30 de marzo de 2011, que recaía sobre la citada vivienda y en el que figuraban como partes D. Luis Enrique, como arrendador, y el acusado, como arrendatario, con una renta anual de 7.200 Euros y una duración de tres años, renovables. En el recibo precitado aparecía la supuesta firma del Sr. Luis Enrique, e igualmente en el mencionado documento contractual de arrendamiento, figurando es éste también la firma del acusado. Las firmas de D. Luis Enrique en ambos documentos habían sido falsificadas, bien por el propio acusado o bien por otra persona a su instancia. El acusado aportó tales documentos para aparentar un título contractual inexistente ante el Juzgado de Instrucción, a fin de evitar su desalojo de la casa propiedad del Sr. Luis Enrique y provocar el archivo del procedimiento penal en el que tenía la condición de imputado, y ello con el correlativo perjuicio para los intereses del Sr Luis Enrique. Tras verificarse pericialmente la falsedad de las firmas del propietario de inmueble en los citados documentos, por medio de auto del Juzgado de Instrucción núm. 29 de Madrid de fecha 6 de junio de 2012 se ordenó el inmediato desalojo del acusado de la vivienda ocupada... Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de usurpación previsto y penado en el artículo 245.2 del Código Penal. La conducta típica consiste en ocupar, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular. Dados los hechos probados, debe afirmarse la realización por el acusado del tipo objetivo del mencionado delito, concurriendo igualmente el tipo subjetivo, es decir, la conciencia de la ocupación del inmueble y de la permanencia ulterior en el tiempo contrarias a la voluntad, inequívocamente expresada, del dueño. Igualmente, son legalmente constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento privado previsto y penado en el artículo 395 del Código Penal, en relación con los artículos 390.1.2 ° y 74 del mismo Código". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7ª, S 2-9-2015, nº 641/2015, rec. 170/2015, Pte: Garcés Sesé, Gema (EDJ 2015/255707): "La parte dispositiva de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Manresa en fecha 20 de abril de 2015 (en lo referente al presente recurso) es del tenor literal siguiente: "Condeno a Ignacio y a Carla, como autores penalmente responsables cada uno de ellos de un delito de usurpación de bienes inmuebles del art. 245.2 del CP, sin que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la conducta de ninguno de ellos, a la pena de cinco meses de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del CP, sin petición de responsabilidad civil, y como autores penalmente responsables cada uno de ellos de un delito de falsedad en documento privado previsto y penado en el art. 390.1 y 395 del Código Penal, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la conducta de ninguno de ellos, a las penas respectivas de doce meses de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y quince meses de multa a razón de una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del CP en caso de impago. No cabe pronunciamiento en materia de responsabilidad civil. Las costas de este proceso se declaran de oficio"... la Sala comparte los acertados fundamentos de la sentencia apelada pues la falsedad del mismo deriva, por un lado, de la declaración de Dª Violeta, que negó la autoría de la firma que consta en el referido contrato en concepto de "arrendador" así como la estampada en las condiciones anexas al mismo; y por otro, del resultado del dictamen pericial caligráfico emitido por D. Juan Pedro, debidamente ratificado en el plenario, en el que concluye que las firmas correspondientes en tales documentos a la Sra. Violeta no han sido manuscritas de su puño y letra; corroborando de este modo la testifical referida. No puede prosperar la tesis defensiva sostenida por ambos recurrentes consistente en no poder atribuir a sus patrocinados la autoría del referido ilícito penal al no haberse acreditado que la firma falsificada hubiese sido realizada por ninguno de ellos, toda vez que debemos recordar que el delito de falsedad no es un "delito de propia mano" por lo que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación, bastando el concierto y el reparto previo de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien aprovecha la acción, con tal que tenga dominio funcional sobre tal falsificación... Pues bien, aplicando lo anterior al caso de autos no se advierte error alguno en la Sentencia de instancia, pues lo cierto es que con independencia de que no conste acreditada la autoría material de la persona que alteró la firma de la Sra.

Violeta y que se pretendía hacer pasar por verdadera, no es menos cierto que la presentación del precitado contrato, el dominio sobre dicho documento, lo tuvieron los acusados al presentarlo al menos ante el presente procedimiento así como al hacer referencia al mismo ante los agentes policiales que acudieron a la vivienda ocupada por aquellos o ante el legal representante de la entidad propietaria de la finca, tal como manifestaron, lo que sirve de fundamento para desestimar el alegato concerniente a que no está acreditada o probada la autoría material de quien llevó a cabo la alteración de la indicada firma. Actuación que causó, sin duda alguna, perjuicio para la propiedad impidiéndole que pudiera disponer del inmueble... lo que lleva a la desestimación de los recursos de apelación planteados y la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus términos". Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5ª, A 15-3-2012, nº 208/2012, rec. 739/2011, Pte: Guindulain Oliveras, Elena (EDJ 2012/68157) desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto por el que se acuerda la medida cautelar de desalojo y lanzamiento de Pedro Enrique y Elena y de quienes ocupen la vivienda propiedad de "Edrem, S.L.", argumentando: "La decisión de acordar el desalojo y lanzamiento de Pedro Enrique y Elena y de quienes ocupen la vivienda propiedad de Edrem, S.L. sita en... de Manresa, la adopta la Instructora en el Auto de fecha 13 de julio de 2011 al amparo de lo que dispone el artículo 13 de la LECrim, al existir indicios de haberse cometido un delito de ocupación de bien inmueble sin autorización de su propietario en concurso de un delito de falsedad documental (contrato de arrendamiento de la vivienda objeto de la decisión recurrida, sita en... de Manresa). Estos indicios los sitúa la Instructora, según indica en el Auto que se recurre: a) de la documental de las actuaciones, b) del informe pericial caligráfico aportado por la acusación, que concluye que la firma que figura en el apartado correspondiente al arrendador no fue plasmada por la representante de la empresa Sra. Corbera Serra. La realidad de este indicio se constata en el testimonio a los folios 144 a 154, c) haber sido dictada sentencia estimatoria de desahucio por falta de pago de rentas de otra vivienda del mismo inmueble que ocupaba el recurrente con su familia el día 21 de septiembre de 2010 y haberse efectuado el lanzamiento de la citada vivienda el día 2/11/2010 encontrado el piso vacío objeto de lanzamiento... de Manresa y sin nadie dentro. La realidad de este indicio se constata en el testimonio a los folios 12 a 16, 90, y d) por no haber pagado las rentas impagadas a que además fue condenado a pagar, ascendentes 4562,37 euros en la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2010, folios 12 a 16 112 y 113). Todos estos hechos se comprueban como ciertos por la Sala del examen del testimonio completo de la causa remitida y justifican la existencia de *indicios del ilícito penal imputado al recurrente de ocupación de bien inmueble sin autorización debida del artículo 245.2 del CP en concurso de un delito de falsedad documental en el contrato de arrendamiento de la vivienda...* de Manresa y justifican la corrección y la proporcionalidad de la medida cautelar adoptada". Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2012, nº 82/2012, rec. 46/2012, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2012/52860): "En los citados autos recayó sentencia en fecha 28 de noviembre de 2.011, cuya parte dispositiva, en lo necesario para la resolución del recurso, es del tenor literal siguiente: "Que debo condenar y condeno a Sabina como autora responsable de un delito de usurpación, de un delito de simulación, de un delito de uso de documento privado falso y de una falta de maltrato...". La relación fáctica de la resolución recurrida es del tenor literal siguiente: "Único.- La acusada Sabina, mayor de edad y sin antecedentes penales, que mantenía una relación de convivencia con el otro acusado... como quiera que desde hacía unos meses había observado que el piso sito en... de esta ciudad, propiedad de Modesta, estaba puesto en alquiler y además se hallaba desocupado, decidió acceder al mismo y destinarlo a vivienda propia, sin la autorización y con absoluto desconocimiento de la propietaria, entrando a ocuparlo el día 17 de febrero de 2010, junto con su compañero, tras cambiar la cerradura, llevando ropa, enseres y efectos personales, con la intención de permanecer en el mismo. Alertada la propietaria por los vecinos, se presentó en el inmueble comprobando que sus llaves no permitían el acceso, presentando la correspondiente denuncia al respecto, de forma que personados los policías el 27 de febrero para hacer las comprobaciones oportunas, la acusada les manifestó que ocupaba la vivienda en régimen de alquiler. Por ello, con la intención de seguir habitando el piso, solicitó los servicios de un cerrajero para que le franqueara el acceso en sucesivas ocasiones, personándose en fecha 26 de marzo una familiar de la propietaria del piso, con el fin de disuadir al cerrajero de realizar el servicio que la acusada le había solicitado, momento en el que ésta empujó a un vecino que allí se encontraba, Bernardino, propinándole una bofetada en la cara, sin causarle lesión. La acusada presentó denuncias en fecha 16 de marzo de 2010 y posteriores, alegando que le había sido alquilada la vivienda y tras haber sido hospitalizada no pudo volver a ocuparla porque le habían cambiado la cerradura, aportando un recibo, expedido en Zaragoza el 1 de febrero de 2010 en el que estaba estampada la firma de la propietaria, y en el que se reflejaba que había cobrado en concepto de alquiler del piso en cuestión 2.400 Euros., de los que 600 eran de fianza y 1.800 correspondían a los meses de marzo, abril y mayo, sin que la propietaria haya reconocido su firma, ni su contenido. Como consecuencia de estos hechos, se produjeron una serie de gastos y desperfectos a los que la propietaria tuvo que hacer frente, correspondiendo a 98,18 Euros. de gastos de cerrajero y 649 Euros. de servicio de

3.4.2.- REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

Para GONZÁLEZ CERRÓN, “cabría el concurso medial con el delito de realización arbitraria del propio derecho, recogido en el artículo 455 del Código Penal, si se admite que el objeto material de este último delito sean cosas inmuebles y dado que, según el citado artículo 455, también cabe la realización del tipo por medio de fuerza en las cosas sin violencia o intimidación en las personas”¹³¹⁴.

La exigencia de *ajenidad* que formula el tipo penal del artículo 245.2 del Código Penal en relación al inmueble, vivienda o edificio; y los requisitos exigidos por el artículo 455 del Código Penal, difícilmente permiten estimar la concurrencia en concurso medial ente ambos delitos. De contradictorio califica la Jurisprudencia *menor* imputar simultáneamente por ambos delitos¹³¹⁵.

limpieza"... Así pues, dado que, tras la presentación de las correspondientes denuncias contra terceros que le impedían a la denunciante tal ocupación, se incoaron las correspondientes diligencias previas, se inició realmente el comportamiento típico. Otra cosa es que, habiéndose dispuesto el correspondiente sobreseimiento provisional de las mismas, no se llegaron a practicar actuaciones procesales relevantes, pero ello únicamente puede tener incidencia en cuanto a la posibilidad de apreciar grados de ejecución distintos de la consumación, como la tentativa que define el art 16 del CP... En cuanto al motivo de impugnación referido al delito de falsedad documental que, según criterio de la parte recurrente, no debió ser apreciado al tratarse de la falsedad a una fotocopia, la Sala entiende que si tal fotocopia (en la que aparecía una firma que pretendía ser de la arrendadora y una cantidad supuestamente abonada en concepto de alquiler) la presentó la ahora recurrente al cerrajero para que le cambiara la cerradura de la vivienda de autos, y consiguió con ello su propósito, tal documento, aunque se tratara de una fotocopia, debe ser considerado como objeto válido del delito de falsedad, tal como tiene reconocido el Tribunal Supremo (SSTS de 14 de abril de 2000, 28 de abril de 2006 y 3 de julio de 2007), que admite la idoneidad de la fotocopia como soporte material de la falsificación si la mutación efectuada en ella es hábil para generar plena confianza en su sustantividad, como así ocurrió en el caso analizado... Así pues, por todas las razones expuestas, procede confirmar la sentencia de la instancia, salvo en lo referido a la condena por el delito de simulación de delito, que quedará sancionado en grado de tentativa, desestimando el recurso examinado en todo lo demás”.

¹³¹⁴ GONZÁLEZ CERRÓN, R.: << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal... Op. cit.*, Pág., 400. Dispone el Artículo 455 CP: “1.- El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2.- Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos”.

¹³¹⁵ Audiencia Provincial de Castellón, sec. 3ª, A 9-11-2004, nº 314/2004, rec. 178/2004, Pte: Marco Cos, José Manuel (EDJ 2004/249531): “Por lo que hace al de realización arbitraria del propio derecho, no procede la continuación del procedimiento. En primer lugar porque, como ya hemos dicho, se pretende utilizar inadecuadamente esta jurisdicción penal para la solución de discrepancias puramente civiles. En segundo término, porque *es contradictorio que se impute simultáneamente por los mismos hechos la comisión de un delito de usurpación y de otro de realización arbitraria del propio derecho*, lo que es tanto como afirmar (siguiendo el relato de la propia querellante) que cuando los querellados lo privaron de la posesión de la vivienda ejercían un derecho propio, es decir, que ostentaban sobre el inmueble, si bien empleando para ello un medio inadecuado, que es lo que sanciona el artículo 455.1 CP, lo que es

Como ya expusimos, el propietario no puede ser sujeto activo del delito de usurpación, toda vez que el tipo penal, como dice la jurisprudencia, exige la ajenidad. Si bien, la turbación de la posesión legítima por parte del propietario no sería atípica sino que podría dar lugar al delito de coacciones (art. 172 CP), o al de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP) siempre que concurriesen las restantes circunstancias requeridas en los preceptos aludidos. Sólo el no propietario podría ser sujeto activo del delito de usurpación¹³¹⁶.

En relación al artículo 455, si se trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales, la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos; y si se trata de un derecho no real, el delito puede perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes, pero se estima constitutivo de delito contra el patrimonio el apoderamiento que superase de forma importante el valor de lo adeudado¹³¹⁷.

incompatible con la postura de la misma recurrente, que al achacarles un delito de usurpación les está negando la titularidad del derecho que por otra parte les reconoce implícitamente al reprocharles que lo ejercieran de forma indebida. En consecuencia, y sin perjuicio de que la denunciante pueda hacer valer los legítimos derechos hereditarios que dice vulnerados ante la jurisdicción civil, por el procedimiento y los medios probatorios que a dicho orden jurisdiccional son propios, procede la confirmación de las resoluciones de sobreseimiento apeladas”. Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, A 7-2-2006, nº 26/2006, rec. 52/2006, Pte: Cano-Maillo Rey, Pedro V. (EDJ 2006/9790): “En las postrimerías ya de lo que tratamos recordemos el adjetivo ajeno del artículo 245.2 del C. Penal, que la realización arbitraria del propio derecho exige la existencia de una precedente relación obligatoria entre agente y víctima”.

¹³¹⁶ *Vid.*, Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 17-11-2011, nº 45/2011, rec. 21/2010, Pte: Carrión Matamoros, Alfonso (EDJ 2011/303333): “La usurpación está determinada por la necesaria ajenidad del terreno usurpado, por pertenecer indudablemente a persona distinta que el sujeto activo, dueño de la finca colindante beneficiada. La ajenidad ha de constar declarada en la sentencia de manera directa y rotunda, porque la mera duda sin que se esclarezca el dominio a modo de cuestión prejudicial margina toda responsabilidad penal. El sujeto pasivo [léase activo] sólo puede serlo el no propietario o el no titular del predio, siendo que la turbación de una posesión legítima por parte del propietario no está tipificada, aunque sí pueda constituir coacciones o realización arbitraria del propio derecho”.

¹³¹⁷ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 15ª, S 27-1-2009, nº 5/2009, rec. 67/2008, Pte: Molinari López-Recuero, Alberto (EDJ 2009/28263): “En efecto, el art. 455 CP, en su punto 1 castiga con la pena de multa de seis a doce meses, al que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Al respecto la Sala 2ª TS, en su S núm. 1242/2003, de 29/9, ha venido a señalar que el delito de realización del propio derecho ha sido modificado por el Código Penal de 1995 que ha extendido esta figura delictiva a la realización de cualquier derecho, suprimiendo la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y se admite que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas. La jurisprudencia del TS, desarrollada básicamente en relación a la figura del art. 337 del CP de 1973, ha analizado los requisitos de la misma: a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito lícito, vencido y exigible (SS. de 30.5, 20.9 y 25.11.85). Con la nueva redacción dada al tipo de realización arbitraria del propio derecho en el art. 455 del CP de 1995, cabe aplicar éste respecto de derechos no crediticios u obligacionales, como los reales. b)

Conforme a lo expuesto, el único caso posible de concurso medial entre usurpación pacífica y realización arbitraria del propio derecho (de darse en la realidad), sería el del no propietario que pretenda hacer efectivo un derecho no real, y para ello ocupa un inmueble como medio de hacer efectivo su propio derecho, y siempre que el apoderamiento no superase de forma importante el valor de lo adeudado.

La Jurisprudencia *menor* establece que no son delitos homogéneos¹³¹⁸.

3.5.- Usurpación pacífica y concurso ideal

El carácter permanente del delito de usurpación pacífica dificulta la apreciación del concurso ideal con otras figuras delictivas. Si bien, la Jurisprudencia *menor* lo ha estimado en alguna ocasión considerando que el mismo hecho constituye a la vez dos delitos.

3.5.1.- DESOBEDIENCIA

Se ha estimado por la Jurisprudencia *menor* que concurre, pese a lo anteriormente expuesto, un delito de desobediencia grave en concurso ideal con un delito de usurpación, puesto que el mismo hecho constituye a la vez dos delitos. Y ello ante una doble y sucesiva ocupación de la vivienda después del lanzamiento y requerimiento para que se abstuviera de cultivarla con la advertencia de incurrir en un

En cuanto a la dinámica, en relación al tipo del art. 337 del CP de 1973, se admitió por la jurisprudencia, que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes (SS. 14.11.84, 15.3.88, y 27.4.92), pero se estimaban constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado (S. 8.2.81). Con la nueva redacción, y si se trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales, la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos, para que se aprecie el tipo del art. 455. Ha habido sentencias que exigían el requerimiento previo directo y personal al presunto deudor (SS. 12.2.90 y 21.3.91). c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia (S. 3.2.81 y 26.2.82) ha entendido que el mismo determine la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el art. 455 del CP se busca la reparación de un empobrecimiento injusto”.

¹³¹⁸ Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 24-11-2004, nº 228/2004, rec. 1112/2004, Pte: Moreno Galindo, Ana Isabel (EDJ 2004/230093).

delito de desobediencia, lo que pone de manifiesto su rebeldía y contumacia frente a la orden judicial¹³¹⁹.

Frente a la postura anteriormente expuesta, la Audiencia Provincial de Alicante absuelve del delito de desobediencia grave a la autoridad y condena por usurpación pese

¹³¹⁹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Segovia, sec. 1ª, S 29-9-2006, nº 42/2006, rec. 49/2006, Pte: Criado del Rey Tremps, Gonzalo (EDJ 2006/374781): "Por el Juzgado de lo Penal de Segovia, se dictó Sentencia con fecha once de mayo de dos mil seis, que declara los siguientes "Hechos Probados: En la sentencia de fecha 11-12-1997, en el Juicio de Cognición 150/96, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia no 1 de Segovia, confirmada en grado de apelación por la sentencia de fecha 21 de julio de 1998 dictada por la Audiencia Provincial de Segovia, interpuesta por el denunciante Eloy, Millán, Carlos Daniel y María Virtudes, se declaraba que la fina rústica... al sitio de... catastrada al polígono... parcela... del catastro parcelario de rústica del término de Mozoncillo, era propiedad de los actores, correspondiendo el dominio fiduciario a Eloy y el dominio fideicomisario a Millán, Carlos Daniel y María Virtudes, condenado a los demandados el acusado, José Pedro, Narciso y Andrea, a que restituyan a los actores la finca descrita y cesen en la posesión o cultivo de la misma. Con fecha 26 de noviembre de 1999, por la Comisión Judicial del referido Juzgado, se llevó a cabo el acto de lanzamiento de la finca... estando presente en el referido acto el acusado, José Pedro, requiriéndose al mismo para que, en lo sucesivo, se abstuviera de cultivar la referida finca, pese a lo cual, el acusado continuó haciéndolo. Debido a ello, el acusado fue condenado por sentencia firme del Juzgado de lo Penal de Segovia, como autor de un delito de usurpación, a la pena de 4 meses de multa con cuota diaria de 1,20 euros. Igualmente se acordó la entrega efectiva de la finca catastral... del polígono... del término de Mozoncillo a sus legítimos propietarios (Braulio, Millán, Carlos Daniel y María Virtudes), debiendo el condenado dejar la referida finca libre y expedita y a disposición de los referidos propietarios. La Audiencia Provincial de Segovia confirmó a fecha 6 de septiembre de 2003 la indicada sentencia. A fecha 29 de diciembre de 2003, con requerimiento al acusado para que desalojara la finca y se abstuviera de cultivarla y con la advertencia de incurrir en un delito de desobediencia, se practicó por el Juzgado de lo Penal de Segovia, nuevo lanzamiento por el que se hizo salir de la finca al acusado, José Pedro. Pese a lo expuesto, el acusado, contumazmente, continúa ocupando, sin autorización, la finca indicada e impidiendo a sus legítimos propietarios la utilización de la misma. El acusado, José Pedro, es mayor de edad, teniendo como antecedentes penales, la condena dictada por el Juzgado de lo Penal de Segovia por un delito de usurpación anteriormente expuesta"... El Fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: "Fallo: Condeno a José Pedro, como autor de un delito de usurpación a la pena de 6 meses de multa. En cuanto a la cuota diaria de la pena de multa la misma será de 3 euros, con privación de 1 día de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, pudiendo abonarse en el plazo de 2 meses desde que sea requerido al efecto. Condeno, igualmente a José Pedro a que restituya a los legítimos propietarios (Braulio, Millán, Carlos Daniel y María Virtudes) en la finca propiedad de los mismos... al sitio de..., parcela... debiendo hacer la entrega efectiva de la misma, y a que indemnice a los propietarios en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como rendimiento medio de una finca de las características de la ocupada, si bien la indemnización debe ir referida a los rendimientos medios durante tres años 2004, 2005 y 2006. Condeno a José Pedro, como autor de un delito de desobediencia a la pena de 7 meses de prisión, con accesorio legal de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se impone las costas del juicio al condenado"... *Los hechos declarados probados, en contra de lo sostenido en el recurso, si son constitutivos de un delito de desobediencia grave en concurso ideal con un delito de usurpación, puesto que el mismo hecho constituye a la vez dos delitos, puesto que en relación a la desobediencia lo declaró en un caso semejante la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia de fecha de 10 de noviembre de 1.989 al decir que el relato expresa una doble y sucesiva ocupación de la vivienda por la acusada después del lanzamiento, pone de manifiesto su rebeldía y contumacia frente a la orden judicial, de la que se infiere, sin gran esfuerzo deductivo, el dolo específico inherente a la desobediencia prevista y penada en el artículo 237 del Código Penal [art. 556 CP 1995] razón por la que los hechos no pueden quedar subsumidos en la falta del artículo 634 del Código Penal e impiden declarar su irrelevancia penal. Vistos los preceptos legales citados y demás aplicables, Fallo: Con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la procuradora Dª Nuria González Santoyo en nombre y representación de José Pedro debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de Lo Penal de Segovia el pasado 11 de mayo de 2.006".*

a que el acusado penetró nuevamente en el mismo inmueble y estaba apercebido de un posible delito de desobediencia para el supuesto de que efectuase tal ocupación. Sostiene que se incide en una clara infracción del principio “non bis in idem”, no pudiéndose penar doblemente una misma conducta. La acción ejecutada se llevó a efecto con unidad de espacio y tiempo, entre un mismo sujeto activo y un sujeto pasivo, no pudiendo recaer un plus de punibilidad cuando la conducta aparece tipificada en un precepto específico del Código Penal, que no requiere ser reforzado con mandatos judiciales ordenando que no se produzca su infracción, por lo que debe dictarse sentencia absolutoria respecto del delito de desobediencia que se le imputaba¹³²⁰.

A igual resultado absolutorio, aunque con distinta fundamentación llega la Audiencia Provincial de Huesca al absolver del delito de desobediencia grave a la autoridad a quien fue condenado en primera instancia. Argumenta que el previo requerimiento de no volver a ocupar un inmueble con apercibimiento de incurrir en un delito de usurpación no da lugar a cometer un delito de desobediencia, pues, no se prohibía expresamente una conducta. La nueva ocupación no es delictiva porque la haya prohibido una autoridad en el ejercicio regular de sus funciones, sino porque la ha tipificado el legislador. El hecho de que exista esa advertencia tras una primera ocupación, sólo puede ser una circunstancia más a valorar para la individualización de la pena y ponderar la gravedad del hecho, pero no puede servir para transformar un delito de usurpación ni cualquier otro delito en uno de desobediencia¹³²¹.

¹³²⁰ *Vid.*, Audiencia Provincial de Alicante, sec. 2ª, S 1-9-2000, nº 394/2000, rec. 218/2000, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José (EDJ 2000/65364).

¹³²¹ *Vid.*, Audiencia Provincial de Huesca, S 12-7-2001, nº 123/2001, rec. 24/2000, Pte: Gutiérrez Celma, Gonzalo (EDJ 2001/30662): “Por último, tampoco es nula la advertencia de la Juez de Boltaña a algunos de los detenidos de que no debían volver a S... Con tal advertencia el Juzgado no estaba pretendiendo imponer alguna de las medidas previstas en los artículos 13 y 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la redacción que les dio el artículo tercero de la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio pues, aparte de que habrían precisado de la correspondiente resolución judicial motivada, entonces todavía no estaban vigentes tales artículos. La advertencia dicha debe conectarse con el desalojo que acababa de tener lugar y con el auto del Juzgado de 24 de octubre en el que se apreció la posible existencia de un delito del artículo 245.2 del Código Penal de forma que tal advertencia no quería decir sino que el advertido no debía volver a S... a ocupar un inmueble sin la debida autorización, prevención que no conculca norma alguna aunque, no obstante lo anterior, al no venir acordada en una previa resolución prohibiendo una concreta conducta, su desatención no pueda dar lugar a un delito de desobediencia sino, en su caso, al delito del artículo 245.2 del Código Penal pues aunque el Juez hubiera advertido que tal delito no debía cometerse, como quiera que se trata de una figura expresamente tipificada por el Legislador, si finalmente se incurre en la conducta descrita en el tipo, el delito cometido es el tipificado por el legislador, el de usurpación del artículo 245.2 y no el de desobediencia pues tal conducta no es delictiva porque la haya prohibido una autoridad en el ejercicio regular de sus funciones, sino porque la ha tipificado el legislador. Evidentemente, el hecho de que exista una previa advertencia tras una primera

3.5.2.- COACCIONES

Igualmente, pese a lo expuesto anteriormente, la Jurisprudencia *menor* en un exceso punitivo, a nuestro juicio, desestimó el recurso de apelación interpuesto por los condenados a un delito consumado de coacciones, en concurso ideal con otro de usurpación y una falta de estafa¹³²².

ocupación, pudiera ser una circunstancia más a valorar al individualizar la pena y ponderar la gravedad del hecho conforme manda el artículo 66 del Código Penal pero no puede servir para transformar un delito de usurpación ni cualquier otro delito en uno de desobediencia. Por ello, no puede prosperar la acusación articulada por los hechos sucedidos en mayo y agosto de 1998 pues los acusados sólo lo han sido por un delito de desobediencia y el principio acusatorio impide que nos podamos plantear siquiera la posibilidad de sancionar los hechos como usurpación por ocupación ilegal”.

¹³²² *Vid.*, Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 3ª, S 23-5-2006, nº 95/2006, rec. 98/2006, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis (EDJ 2006/116098): “En la causa de que el presente Rollo de Apelación dimana, por el Juzgado de lo Penal, núm. 1 de Santander, se dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2006, cuyo relato de Hechos Probados y Fallo, son del tenor literal siguiente... A principios de diciembre de 2003 Rosendo y su pareja de hecho, Aurora, mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y con la intención de ocupar una propiedad ajena sin abonar merced alguna y de obtener así un ilícito beneficio, leyeron en prensa una oferta de vivienda en alquiler, sita en... de Santander. Rosendo, manifestando tener la condición de gestor inmobiliario, contactó con Baltasar, dueño del inmueble, diciéndole que conocía a una persona que podría estar interesada en el arrendamiento. El día 8 de diciembre de 2003 se reunieron en el lugar Mari Juana, esposa del citado propietario, Aurora, que manifestó su deseo de tomar en alquiler el ático, que se encontraba en perfecto estado, y Rosendo, que actuó en todo momento como intermediario profesional, ocultando siempre a la propiedad que era compañero sentimental de la repetida Aurora y que pasaría a convivir con ella en el apartamento. Arrendadora y arrendataria concertaron los detalles del contrato y convinieron que la posesión del inmueble se entregaría el día 1 de Enero, fecha de entrada en vigor del contrato, tal como se reflejó en el propio documento. El día 9 siguiente, ambas partes firmaron el contrato y Mari Juana entregó a Rosendo la mitad del importe de una mensualidad de renta, en concepto de honorarios profesionales de intermediación, y diciendo éste que la otra mitad se la cobraría a su "cliente", Aurora, por el mismo concepto. El mismo día, ésta solicitó las llaves de la propiedad, que deseaba retirar del piso ciertos objetos antes de la entrega de la posesión, con la excusa de que quería mostrarlo a sus hijos, a lo que la dueña accedió. Personada ésta en el ático en la tarde de ese mismo día, en compañía de su esposo, el mencionado Baltasar, comprobaron que los acusados habían sustituido el bombín de la cerradura y no podían acceder con las llaves a su propiedad. Llamaron a la puerta y también comprobaron que ambos se habían instalado en el inmueble y se negaban a abandonarlo, a pesar de los insistentes requerimientos, no desocupándolo hasta un año después, previo lanzamiento judicial, y no habiendo abonado renta alguna durante este tiempo. Fallo: Que debo condenar y condeno a Rosendo y a Aurora, como criminalmente responsables en concepto de coautores, de un delito consumado de coacciones, en concurso ideal con otro de usurpación, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de 24 meses de multa, con una cuota diaria de 15 euros y un total de 10.800 euros, a abonar de una sola vez, salvo que otra cosa se disponga en trámite de ejecución de sentencia, estableciéndose un día de privación de libertad subsidiario por cada dos cuotas que dejaren de satisfacer. Asimismo, les condeno como coautores de una falta consumada de estafa a la pena, por cada uno de ellos, de dos meses de multa con una cuota diaria de 15 euros y un total de 900 euros, a abonar de una sola vez, salvo que otra cosa se disponga en trámite de ejecución de sentencia, estableciéndose un día de privación de libertad subsidiario por cada dos cuotas o fracción que dejaren de satisfacer. Impongo a ambos condenados las costas por mitad... Debe por todo ello resultar confirmada la resolución recurrida, con desestimación del recurso de apelación frente a la misma formulado”.

3.5.3.- PREVARICACIÓN

La Jurisprudencia *menor* estima la presencia de un concurso ideal entre los delitos de usurpación y prevaricación al derivar ambos de una sola acción, cuando el autor, Secretario General de la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura, careciendo de legitimidad administrativa para su actuación, utiliza como instrumento una empresa para la ocupación temporal de parte de un inmueble de propiedad ajena y para la constitución de hecho de un derecho real de servidumbre de acueducto con vocación de permanencia sobre el mismo predio. Resultando de aplicación en este caso lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal para el concurso ideal, y sancionándose por separado ambas infracciones al resultar más beneficioso para el reo que la imposición de la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, conforme a lo que disponía el artículo 77.3 del Código Penal (actual 77.2 CP)¹³²³.

¹³²³ Dispone el Artículo 404 CP: *"A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años"*. Vid., Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín (EDJ 2011/346015): "En relación con el acusado Pedro Francisco, Secretario General de la Consejería de Fomento, se declara probado que, pese a constarle que a la Sra. Herminia ya se le había reconocido definitivamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2.008 el derecho de reversión sobre los terrenos en los que se ubicaba el embalse de Aldea del Cano desde el que se proponía la realización del trasvase, así como la falta de disponibilidad de los terrenos de su propiedad sobre los que debía transcurrir la conducción de agua, pues así lo indicaba expresamente el informe del Sr. Jesús Carlos, dictó el 17 de abril de 2.009 una resolución en la que acordaba la tramitación de emergencia de la ejecución de las obras de "abastecimiento de aguas a la Mancomunidad de Ayuela", y ordenaba "el inicio de la ejecución de dichas obras", resolución en la que nada se indicaba en relación con la necesaria expropiación que debía realizarse respecto de los terrenos de la Sra. Herminia y demás propietarios afectados por la obra; y esta Sala entiende que tales hechos son constitutivos de un delito de prevaricación tipificado en el artículo 404 del Código Penal... La concurrencia de estos elementos en la autoridad que, como en el caso del Sr. Pedro Francisco, acuerda el inicio de unas obras sin incoar expediente alguno de expropiación pese a constarle que la obra ocuparía unos terrenos de los que la Administración no disponía (y a cuya ocupación se oponía la propiedad) fue declarada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de mayo de 2.003: "Con relación al acusado... alcalde del Ayuntamiento de... cuando acordó la iniciación de las obras de la calle en cuestión, sin incoar expediente alguno de expropiación, una vez que le constaba la afectación en la finca del Sr... y la oposición de éste, es evidente que desborda de manera clamorosa la legalidad, incluso constitucional, como hemos ya analizado, y es patente la comisión delictiva por la que ha sido condenado en la instancia"... La resolución dictada por el Sr. Pedro Francisco dio lugar, a través de la actuación del Sr. Jesús Carlos y de la empresa Exconsa, a la ocupación temporal, mientras se desarrollaron las obras de realización del trasvase, de una parte del inmueble propiedad de la Sra. Herminia; pero también dio lugar a la constitución de hecho de un derecho real con vocación de permanencia como es una servidumbre de acueducto (sobre 12.810 m2 según el anuncio de la expropiación, folio 113) y, si bien la primera acción carecería de esa vocación de permanencia antes referida y, por tanto, resulta atípica, la constitución de esa servidumbre (que, como tal, constituye una limitación para el predio sirviente) sí que participa de esa vocación por lo que, siendo patente la oposición de la propietaria a dicha ocupación, de la que son muestra sus sucesivas actuaciones ante la Administración y, frente a ésta, ante la jurisdicción contencioso administrativa, y careciendo los acusados de legitimidad administrativa para dicha actuación como queda expuesto en el fundamento jurídico precedente, debemos declarar a ambos acusados como coautores del delito imputado, cometido en una actuación conjunta cuya mejor muestra es la inmediatez temporal y

coordinación de las acciones de ambos y para cuya materialización se sirvieron como instrumento (artículo 28 párrafo primero inciso final del Código Penal) de la empresa Exconsa Mijadas... En el caso el Sr. Pedro Francisco ambos delitos derivan de una sola acción, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal para el concurso ideal, pero entiende la Sala que resulta más beneficiosa para el condenado la sanción por separado de ambas infracciones (conforme a lo dispuesto en el artículo 77.3) que no la imposición de la correspondiente al delito más grave en su mitad superior (regla general del artículo 77.2 para el concurso ideal) cuya aplicación habría conducido a la imposición de una pena de inhabilitación especial superior a los ocho años y medio”.

CAPÍTULO IX.- VALORACIÓN CRIMINOLÓGICA Y POLÍTICO CRIMINAL

SUMARIO: VALORACIÓN CRIMINOLÓGICA Y POLÍTICO CRIMINAL 1.- Criminología de las ocupaciones 1.1.- Okupación 1.1.1.- SENTIDO GRAMATICAL A) *Okupa* B) *Okupar* 1.1.2.- CONCEPTO SOCIOLÓGICO A) *Catalizadores del movimiento okupa* B) *Singularidades en la trayectoria del movimiento okupa* C) *Reconfiguraciones del movimiento okupa* D) *Movimiento urbano* E) *Relaciones con movimientos alter/anti globalización* 1.1.3.- CONFIGURACIONES BÁSICAS DEL FENÓMENO OKUPA A) *Okupación debida a la pobreza (simple ocupación)* B) *Okupación como estrategia alternativa de vida* a) *Personas* b) *Tipo de inmuebles* c) *Marco cognitivo* d) *Demandas* e) *Patrones de organización y movilización* C) *Okupación para la creación de espacio social* D) *Okupación conservacionista* E) *Okupación política* a) *Movimiento 15M* 1.1.4.- MOTIVACIONES DE LA OKUPACIÓN A) *Creación de nuevas relaciones sociales* B) *Reescritura de la historia* C) *Herramienta para la lucha* D) *Espacio para la subversión* E) *Reacción frente a la usura bancaria* F) *Instrumento para cambios sociales y políticos* G) *Camino para el triunfo político* H) *Creación de debate social* I) *Creación de nuevas condiciones sociales* J) *Herramienta de confrontación* 1.2.- Ocupación: problema económico, no ideológico 1.2.1.- PERSONAS SIN HOGAR 1.3.- Un nuevo modelo de ocupación: Ocupaciones no conformes u ocupaciones negras 1.4.- Evolución de las ocupaciones pacíficas de bienes inmuebles (2009-2014) a través de las Memorias de la Fiscalía General del Estado 1.4.1.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2010 A) *Diligencias Previas por delitos de usurpación* 1.4.2.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2011 A) *Diligencias Previas por delitos de usurpación* 1.4.3.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2012 A) *Diligencias Previas por delitos de usurpación* 1.4.4.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2013 A) *Causas incoadas/calificadas por delitos de usurpación* B) *Análisis de la Memoria* 1.4.5.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2014 A) *Evolución interanual de incoaciones (Previas + Urgentes) y calificaciones* B) *Distribución de las calificaciones por estos delitos en los distintos procedimientos* C) *Análisis de la Memoria* 1.4.6.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2015 A) *Evolución interanual de incoaciones (Previas + Urgentes) y calificaciones* B) *Distribución de las calificaciones por estos delitos en los distintos procedimientos* C) *Análisis de la Memoria* 1.4.7.- PRECISIONES A LOS DATOS ESTADÍSTICOS 2.- Consideraciones de política criminal 2.1.- Diversos planteamientos de política criminal en el entorno europeo 2.1.1.- INGLATERRA 2.1.2.- HOLANDA 2.1.3.- FRANCIA 2.1.4.- ALEMANIA 2.2.- Mínima intervención del Derecho Penal: ¿ilícito civil? o ¿ilícito administrativo? 2.2.1.- PERTURBACIÓN ILEGÍTIMA DE LA POSESIÓN INMUEBLE. ¿ILÍCITO CIVIL? A) *Asimilación del okupa al precarista* B) *Protección civil a través del Registro de la Propiedad (acción real registral del artículo 41 LH)* C) *Relaciones jurídico-reales no inscritas o no inscribibles (acciones posesorias y petitorias)* 2.2.2.- SEGURIDAD CIUDADANA. ¿ILÍCITO ADMINISTRATIVO? A) *Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana. (Derogada)* B) *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana* a) *El Anteproyecto de Ley Orgánica* b) *El Proyecto de Ley Orgánica* c) *Tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados: Enmienda núm. 37, de la Sra. Pérez Fernández (GMx). Enmienda núm. 221, del G.P. Unión Progreso y Democracia. Enmienda núm. 160, del G.P. Socialista. Enmienda núm. 78, del G.P. Vasco (EAJ-PNV). Enmienda núm. 180, del G.P. Popular* d) *Tramitación parlamentaria en el Senado. Enmienda núm. 87, del Grupo Parlamentario Socialista (GPS). Enmienda núm. 166, del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC). Enmienda núm. 133, del Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (EAJ-PNV) (GPV)* e) *Redacción definitiva* 2.2.3.- OCUPACIÓN ¿ILÍCITO ADMINISTRATIVO O PENAL? A) *Diferenciación por razón del objeto material* a) *Inmuebles que*

no constituyan morada b) Inmuebles que constituyan morada B) Diferenciación por razón de la conducta 2.3.- Propuestas de lege ferenda

1.- Criminología de las ocupaciones

El Derecho positivo, y en particular el Derecho Penal, acotan la realidad criminal observándola siempre a través de la norma jurídica. Así, hasta el presente capítulo, hemos realizado un estudio dogmático penal de la ocupación pacífica de bienes inmuebles. Partiendo de sus antecedentes histórico legislativos y bien jurídico protegido, analizamos el tipo penal (art. 245.2 CP), desde una concepción finalista del delito; realizamos una exposición de las distintas posturas doctrinales (desde aquellas que postulan su destipificación, hasta aquellas que han promovido su inclusión como delito en el Código Penal de 1995 y que preconizan y mantienen en la actualidad la necesidad y constitucionalidad de esta figura delictiva); y especialmente un pormenorizado análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (casi inexistente) y de la Jurisprudencia *menor*.

“El Derecho, a diferencia de otras instancias de control y solución de los conflictos, es una forma de solución y control altamente formalizada, que sólo permite la solución que previamente esté prescrita. Es decir, sólo a través de unas normas previamente existentes, creadas por distintas instancias que tienen poder para ello, interpretadas en sede teórica por la llamada Ciencia del Derecho y aplicadas en la práctica por los Tribunales de Justicia, es como el Derecho soluciona los casos más conflictivos que genera la convivencia humana... No es por ello extraño que el Derecho, y no sólo el Derecho penal y sus cultivadores, tengan una "fijación" normativa, que a veces es casi una obsesión, que ha hecho que la creación, interpretación, y aplicación de las normas jurídicas, sea su casi, por no decir exclusiva, preocupación o tarea. Ello en sí no sería malo si la realidad social a la que se refieren las normas jurídicas fuese inmutable y estuviera previa y claramente delimitada, pero desgraciadamente esa realidad es más compleja, rica y cambiante de lo que el propio tejido normativo construido en torno a ella refleja o cristaliza... De ahí la importancia que tiene que, para evitar la ceguera frente a la realidad que muchas veces tiene la regulación jurídica, el *saber normativo*, es decir, el jurídico, deba ir siempre

acompañado, apoyado e ilustrado por el *saber empírico*, es decir, por el conocimiento de la realidad que le brindan la Sociología, la Economía, la Psicología, la Antropología o cualquier otra ciencia, de carácter no jurídico, que se ocupe de estudiar la realidad del comportamiento humano en sociedad. De todos los saberes empíricos que suministran datos para elaborar las decisiones y teorías jurídicas, el más complejo y confuso es el que tiene que ver con la criminalidad, sus causas y efectos, y con las formas de control social de la misma. La *Criminología*... es la Ciencia que debería suministrar y englobar todo ese saber”¹³²⁴.

Como indica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA el Derecho es una ciencia cultural del “deber ser”, normativa, que utiliza un razonamiento lógico, abstracto-deductivo; que valora, ordena y orienta la realidad con arreglo a una serie de criterios axiológicos; y al que le interesa conocer la realidad (en nuestro caso de la ocupación de inmuebles) en cuanto hipotético supuesto de hecho (del artículo 245.2 del Código Penal) y así poder enjuiciarla. Y la Criminología es una ciencia del “ser”, empírica, que se sirve de un método inductivo, empírico, basado en el análisis y la observación de la realidad; en la que su objeto se inserta en el mundo de lo real, de lo verificable, de lo mensurable, y no en el de los valores; y que pretende conocer la realidad para explicarla¹³²⁵.

Ahora bien, la necesidad de hacer una reflexión criminológica sobre la ocupación pacífica de bienes inmuebles constituye una exigencia de orden sociológico

¹³²⁴ HASSEMER, W., Y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. Págs., 21-23. Siguiendo al Profesor GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, cabe definir la Criminología como “ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen (contemplado éste como problema individual y como problema social), así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente (y en su víctima) y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito”, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* Op. cit., Pág., 35; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología...* Op. cit., Pág., 55. Sobre el concepto de Criminología, Vid., SANTA CECILIA GARCÍA, F.: << Lección 1.- Concepto de Criminología >> en *Introducción a la Criminología*. PÉREZ ÁLVAREZ, F. (DIR.) Y DÍAZ CORTÉS, L.M. (COORD.). Ed. Ratio Legis Ediciones. Colección Estudios Ciencias de la Seguridad, 2ª edición. Salamanca, 2015. Págs., 19-23; SERRANO MAÍLLO, A.: *Introducción a la Criminología*. Ed. Dykinson, 6ª edición. Madrid, 2009. Págs., 33-88; SERRANO TÁRRAGA, Mª. D.: *El rol de la Criminología para la Seguridad en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014. Págs., 23-48; HERRERO HERRERO, C.: *Criminología (Parte General y Especial)*. Ed. Dykinson, 3ª edición aumentada y actualizada. Madrid, 2007. Págs., 31-44.

¹³²⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* Op. cit., Págs., 39-40; CÁCERES RUIZ, L.: *Delitos contra el Patrimonio. Aspectos penales y criminológicos. Especial referencia a Badajoz...* Op. cit., Págs., 11-18.

que impone la realidad actual y que no podemos ignorar. El análisis de la realidad de la ocupación (la realidad en sí misma, tal y como es) para tratar de explicarla científicamente y comprender el problema que dicha conducta genera (como conducta antisocial), nos hace partir de la distinción entre okupación, ocupación, y ocupaciones no conformes u ocupaciones negras¹³²⁶.

1.1.- Okupación

1.1.1.- SENTIDO GRAMATICAL

Es habitual encontrar los vocablos *okupa*, *okupar*, *okupación*, *movimiento okupa*... tanto en prensa escrita, boletines, folletos, slogans, pancartas, grafitis, como en libros, ya sean éstos divulgativos, o más o menos científicos. Pese a haberse generalizado y emplearse de forma habitual en el lenguaje común tales términos (con letra “k”), el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española no los contemplaba en su vigesimosegunda edición (año 2001) ni anteriores¹³²⁷.

Ha sido necesario un proceso de adaptación del Diccionario de la de la Lengua Española a la Nueva Gramática de la Lengua Española (2009) y a las normas de la

¹³²⁶ “La Sociología persigue un tratamiento científico sistemático de las reglas que rigen la vida social y de los mecanismos de control y efectividad de dichas reglas. El delito como la conducta que se desvía de un determinado tipo de normas, las jurídico-penales, interesa también a la Sociología criminal. El análisis sociológico en la Criminología resulta arrollador, hasta el punto que ha desplazado desde hace algunos años las tradicionales orientaciones biológicas o biopsicológicas. En Estados Unidos, laboratorio central de la Sociología, la Criminología se autodefinió como Sociología criminal, coordenadas que no ha abandonado en ningún momento. La razón tal vez obedezca a dos factores criminológico y político-criminal. El primero deriva de un significativo cambio, evolución, el crimen ya no se observa como algo patológico del individuo, hecho individual sino como hecho social, normal, como magnitud colectiva. El segundo factor, político-criminal, es la particular idoneidad de las teorías sociológicas para servir de soporte a los programas de prevención del delito, objetivo de nuestro tiempo (García Pablos)”. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: << Lección 7.- Funciones de la Criminología >> en *Introducción a la Criminología*. PÉREZ ÁLVAREZ, F. (DIR.) Y DÍAZ CORTÉS, L.M. (COORD.). Ed. Ratio Legis Ediciones. Colección Estudios Ciencias de la Seguridad, 2ª edición. Salamanca, 2015. Pág., 120. *Vid.*, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*... *Op. cit.*, Págs., 258 y 464 y ss.; *Tratado de Criminología*... *Op. cit.*, Págs., 238-239 y 737 y ss.; *Problemas actuales de la Criminología*. Ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1984. Págs., 79 y ss.

¹³²⁷ *Cfr.*, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª edición, 2001; *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 23ª edición, 2014.

nueva edición de la Ortografía de la Lengua Española (2010)¹³²⁸, para que en su vigesimotercera edición (octubre de 2014), se recogieran los términos okupa y okupar. Última edición del referido Diccionario, conforme a la cual tienen el siguiente significado:

A) Okupa

Acortamiento de *ocupante*, con *k*, letra que refleja una voluntad de transgresión de las normas ortográficas.

- adj. jerg. Dicho de un movimiento radical: Que propugna la ocupación de viviendas o locales deshabitados.
- adj. jerg. Perteneciente o relativo al movimiento okupa.
- m. y f. jerg. Miembro de un grupo okupa¹³²⁹.

B) Okupar

De *ocupar*, con *k*, letra que refleja una voluntad de transgresión de las normas ortográficas.

¹³²⁸ “Los trabajos de preparación de la 23ª edición del DRAE se iniciaron en 2001. La publicación de la obra está prevista para octubre de 2014, coincidiendo con el tricentenario de la Academia. Sus principales novedades buscan el logro de tres objetivos principales: enriquecer el Diccionario, modernizarlo y hacerlo más coherente. La aparición, entre 2009 y 2011, de un importante grupo de obras académicas (la Nueva gramática de la lengua española, la Ortografía de la lengua española y el Diccionario de americanismos) ha hecho necesario el desarrollo de trabajos de armonización entre los contenidos de estas obras y el Diccionario. Con ello, se consolida la doctrina lingüística común que subyace a toda la producción académica. En esta línea, cabe destacar la regularización en el DRAE del tratamiento de las marcas geográficas americanas y la revisión del tratamiento de los extranjerismos. El número de entradas y acepciones se verá incrementado debido principalmente a la incorporación de neologismos y a la actualización del léxico de diversos campos temáticos. En lo que se refiere a la técnica lexicográfica, se han hecho cambios en la estructura de los artículos con el fin de que sean más claros y coherentes. Paralelamente se trabaja en la versión en línea de la edición, para la que se está elaborando una nueva aplicación de consulta, que amplíe las posibilidades de búsqueda y permita la navegación dentro del Diccionario”. <http://rae.es/diccionario-de-la-lengua-espanola/sobre-la-22a-edicion-2001/novedades-de-la-edicion>.

¹³²⁹ <http://dle.rae.es/?id=QyRCKlr>

- tr. jerg. Tomar una vivienda o un local deshabitados e instalarse en ellos sin el consentimiento de su propietario. *Un centenar de personas okupó un edificio vacío*. U. t. c. intr.¹³³⁰.

La propia Real Academia de la Lengua Española evidencia el carácter transgresor del término, siquiera de las normas ortográficas¹³³¹.

1.1.2.- CONCEPTO SOCIOLÓGICO

El movimiento “okupa” surge como fenómeno social durante los años 60 en el Reino Unido con el concepto de “*Squatter*”, siendo un movimiento que obedece a una serie de razones no muy bien definidas a menudo¹³³². Así, entronca en ocasiones con ideologías basadas en el movimiento asambleario y la autogestión. De esta forma, se inicia, en muchas ocasiones, como una respuesta claramente ideologizada frente a los valores tradicionales de la sociedad, como es el de la propiedad privada, a la que se ataca frontalmente con estas actuaciones. En este sentido, es muy común que los movimientos “okupas” estén relacionados con el mundo de la antiglobalización y la extrema izquierda. Por otro lado, se da un fuerte elemento coyuntural y de realidad social en el auge de las “okupaciones”. Así, estas también surgen como una respuesta por parte de sectores de la juventud frente a la precariedad en el empleo, las dificultades para independizarse del ámbito familiar y la crisis de la vivienda, que la hace difícilmente accesible a gran parte de los jóvenes. Estas dos motivaciones, la política y

¹³³⁰ <http://dle.rae.es/?id=QySCSeP>

¹³³¹ “El símbolo más llamativo utilizado por este colectivo [okupas] es el uso de la letra “K”, dejando en desuso la letra “C”. El empleo de la “K” en sus escritos, eslóganes, etc., es considerado como un signo de insurgencia y resistencia al sistema establecido”. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres*. Ed. Arcopress, 1ª edición. 2008. Pág., 89. “K. Duodécima letra del abecedario español y novena de sus consonantes. Su nombre es ka, y representa un sonido de articulación velar, oclusiva y sorda. “Okupa” es voz inexistente (los diccionarios y la legalidad vigente la ignoran puesto que altera las normas gramaticales y el tradicional concepto de propiedad), que sin embargo describe muy bien una situación concreta. Una vez más, la realidad supera el estrecho margen de la ficción jurídica. La letra “K”, violenta incluso en su grafía, es una advertencia..., casi un manifiesto”. FERNÁNDEZ-CUESTA PUERTO, M.: << Poética de los espacios imposibles >> en *Ni hablar*. Nº 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997. Pág., 46.

¹³³² “El movimiento *Squatter*, término anglosajón que define a todas aquellas personas que ocupan ilegalmente una vivienda... Con la idea de ser un movimiento anticapitalista, ácrata y libertario, basó sus planteamientos en torno a tres grandes ejes: antifascismo, antirracismo y pacifismo, sin olvidar la autogestión, con un sistema de gestión bastante difuso”. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres... Op. cit.*, Pág., 86.

la social, no son estancas, y en numerosísimas ocasiones coinciden, alimentándose la una de la otra.

El fenómeno “okupa” llega tarde a España, en relación con otros países Europeos como Reino Unido (*squatters*), Alemania (*besetters*) u Holanda (*krakers*), comenzando su andadura como movimiento social a principios de los ochenta¹³³³.

¹³³³ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Pág., 1. “Okupar es vivir en (o usar de otro modo) inmuebles sin el consentimiento de su propietario. Los okupas toman edificios con la intención de usarlos durante un tiempo relativamente largo (más de un año). Los okupas holandeses empezaron a usar el término *krakers* para designar a aquellas personas que pretendían convertir las okupaciones en sus hogares. En Berlín se inventó el término *instandbesetzen*, una fusión de *instandsetzen* (por ejemplo, renovar) y *besetzen* (por ejemplo, ocupar). Existen otros usos del término “okupa”, con significados distintos. Así, en algunos reportajes en la prensa se ha utilizado dicho término para referirse a quienes usan los inmuebles solamente como lugares *crash* (para destrozar o para “usar y tirar”) pero que no intentan establecerse en ellos”. PRUIT, H.: << Okupar en Europa >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Pág., 35. “Grupos de jóvenes que invaden casas o locales deshabitados por la fuerza y negándose a desalojarlos hasta que se les haya aplicado el proceso judicial. Cuando entran en una “kasa okupada” la acomodan a sus gustos, a veces derribando tabiques o haciendo pintadas... [Presentan] ideas anarquistas y guerra contra el derecho a la propiedad privada”. SICILIA URBÁN, M.A.: << Catálogo de “tribus urbanas” >> en *Cuadernos de Realidades Sociales*. Nº 45-46. Las Tribus urbanas en España. Enero, 1995. Ed. Instituto de Sociología Aplicada de Madrid. Págs., 194-195. “Su referente más cercano [en España] son las ocupaciones llevadas a cabo por asociaciones vecinales durante las luchas antifranquistas de los años setenta”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >> en *Movimientos juveniles en la Península Ibérica. Graffitis, grifotas, okupas*. Ed. Ariel, 1ª edición. Barcelona, 2002. Pág., 92. “La ocupación reivindicada en nuestro país se inicia en el año 1984, cuando una veintena de jóvenes pertenecientes al *Colectivo Squatt*, rompiendo su silencio, anuncian la ocupación de un dispensario municipal situado en el barrio de Gracia de Barcelona. Oficialmente dicho acto está considerado como la primera ocupación reivindicada efectuada en nuestro país por un movimiento social alternativo. Un año más tarde y siguiendo el ejemplo de la ocupación realizada por el *Colectivo Squatt* en Barcelona, la capital de España se monta en el carro de las ocupaciones. Un colectivo libertario formado por jóvenes estudiantes procedentes de los sindicatos anarquistas CNT-CGT, así como diferentes colectivos estudiantiles (KOZ y KLESA), forman el grupo denominado KOKA (Kolektivo de Okupantes de la Kalle Amparo), los cuales, y de forma silenciosa, ocupan durante diez días un edificio propiedad de la empresa Hidroeléctrica situado en el número 83 de la calle Amparo del barrio madrileño de Lavapiés. Transcurridos diez días de su ocupación, la policía procede a su desalojo con un saldo de quince detenidos. Este desalojo provocó dos hechos significativos. El primero de ellos fue la fundación en 1985 de la primera Asamblea de Okupas de Madrid y el segundo la “expansión del movimiento okupa por otras comunidades”, siendo Valencia, País Vasco y Andalucía algunas de ellas”. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres... Op. cit.*, Pág., 86. “Son aficionados a los juegos malabares y suelen ir acompañados de un can. Este tipo de okupa, generalmente punkie, suele estar en las ramblas y paseos de grandes ciudades y son conocidos popularmente como “perro flauta” o “pies negros””. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres... Op. cit.*, Pág., 87. Sobre la historia del movimiento okupa en la capital de España, en Cataluña, Valencia, Vascongadas u otras okupaciones concretas, Vid., CASANOVA, G.: *Armarse sobre las ruinas. Historia del movimiento autónomo en Madrid (1985-1999)*. Ed. Potencial Hardcore. Madrid, 2002; HERREROS SALA, T.: << Movimiento de las okupaciones y movimientos sociales: Elementos del análisis para el caso de Cataluña >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Págs., 129-140; FERNÁNDEZ GÓMEZ, F. DE P.: *Okupació a Catalunya (1984-2009)*. Ed. Anomia. Barcelona, 2010; COLLADO CERVERÓ, F.: *Abriendo puertas: Okupaciones en Valencia (1988-2006)*. Ed. La Burbuja. Valencia, 2007; ÁLVAREZ MOLÉS, P.: *Movimientos sociales, relaciones de género y cultura. El caso de los gaztetxes en la CAPV*. <http://www.gipuzkoagazteria.net/nodoa.php?nd=13573&hizkntz=2>; GONZÁLEZ, R., AGUILERA, T., Y

En este movimiento urbano, los *Centros Sociales Okupados y Autogestionados* (en adelante CSOA) adquirieron una mayor relevancia pública que los inmuebles ocupados sólo como vivienda. No obstante, ambas modalidades evolucionaron de forma mutuamente imbricada¹³³⁴.

Aunque una gran parte de activistas hayan rechazado ser adscritos al denominado “movimiento okupa” argumentando que la okupación es sólo un medio para conseguir otros fines, es posible identificar la consistencia del movimiento según:

- los principios libertarios compartidos por la mayoría de okupas y la confrontación reiterada con las autoridades locales;
- las eventuales coordinaciones de experiencias en cada ciudad y las redes de relación creadas; y
- la influencia recibida de otros nuevos movimientos sociales próximos y su implicación en ellos.

El repertorio de protestas del “movimiento okupa” y sus objetivos políticos constituyeron una innovación en el ciclo de manifestaciones alter-globalización a las que se incorporaron.

CORTINA, M.: << Los impactos de la okupación en las políticas públicas en el estado español: un análisis comparativo de Madrid, Barcelona y Bilbao >> en *Crisis y cambio: Propuestas desde la sociología. XI Congreso español de sociología. Del 10 al 12 de julio de 2013. Universidad Complutense de Madrid. Grupo de Trabajo 20.- Movimientos Sociales, Acción Colectiva y Cambio Social*. ROBLES MORALES, J.M. (COORD.). Ed. Federación española de sociología, 2013; GAZTETXE ETA GAZTE ASANBLADEN KOORDINADORA ETA GAZTESAREA.: *Euskal Herriko gaztetxe eta gazte asanbladen gida*. Ed. Zezengorri-Xirika. Guipuzcoa, 2005; ASAMBLEA DEL EUSKAL JAI.: *Euskal jai. Iruñeko gaztetxearen azken egunak/Últimos días del gaztetxe de Iruñea*. Ed. Asamblea del Euskal Jai. Pamplona, 2004; KUKUTZA GAZTETXEKO KIDEAK, LUTXO EGIA.: *Kukutza Gaztetxea. Ellos por dinero, nosotras por placer*. Ed. Txalaparta, 1ª edición. Tafalla, 2011; EQUIP D'ANÀLISI POLÍTICA UAB I UNIVERSITAT DEL PAÍS BASC.: *Xarxes crítiques a Catalunya i Euskadi: antimilitarisme i okupació*. Ed. Fundació Jaume Bofill. Barcelona, 2002; CAPSANADA, C.: *Llucalari, 17 de gener-7 d'abril de 2002. Utopia, feina i realitat*. Ed. Josep Portella Coll. Menorca, 2005; DONOSTIALDEKO OKUPAZIO BATZARRA, Y LIKINIANO ELKARTEA.: *Vivienda: Especulación & okupazioak*. Ed. DDT Banaketak, Bilbao, 2001; BATISTA, A.: *Okupes. La mobilització sorprenent*. Ed. Random House Mondadori, Barcelona, 2002.

¹³³⁴ Para obtener una lista de los CSOA, ya sean de España o del extranjero; tanto si están activos, desalojados o pendientes de desalojo; y su clasificación en okupados, alquilados o cedidos, Vid., https://15mpedia.org/wiki/Lista_de_centros_sociales.

La práctica de la okupación de inmuebles abandonados constituyó, en principio, una forma de obtener espacios en los que potenciar los aspectos más radicales de los nuevos movimientos sociales (convencionalmente reducidos al ecologismo, el pacifismo y el feminismo), pero también de otros más marginales y alternativos (autonomía estudiantil y obrera, contrainformación, antifascismo, solidaridad con presos e internacional, etc.). Enseguida pasó a extenderse con cualidades propias de un movimiento urbano, de una escena política alternativa y de unas prácticas contraculturales que lo distinguían de otros movimientos sociales.

Es un excelente ejemplo de movimiento urbano con un enfoque de “izquierda radical” a la vez que uno de los ámbitos en los que más innovación política y social “contracultural” se ha experimentado, en gran medida como prolegómeno a lo que después se ha extendido como movimiento alter-globalización¹³³⁵.

A) Catalizadores del movimiento okupa

A lo largo de la década de 1980 y 1990 sirvió de germen del movimiento el desempleo, la precariedad laboral, las dificultades para el acceso a la vivienda y para desarrollar opciones culturales con independencia de instituciones estatales o de

¹³³⁵ “Son miembros muy activos de los grupos antiglobalización. Mantienen estrechos lazos con movimientos ecologistas, grupos de feministas y gays. Con respecto a su ideología sigue la línea del dirigente revolucionario y pensador ruso Bakunin (1814-1876), que durante su vida creó el anarquismo como una ideología. En el movimiento coexisten tres influencias principales: el anarquismo de Bakunin, (como se citó anteriormente), la ideología de los sindicatos anarquistas CNT-AIT, CGT y Solidaridad Obrera y el comunismo a través del Partido comunista de los Pueblos de España. Están muy solidarizados con movimientos latinoamericanos como Tupamaros, el Frente Farabundo Martín, movimiento zapatista en México, las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), etc. Muy sensibilizados con la causa palestina y cubana”. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres...* Op. cit., Págs., 86-87. “Se definen más desde la rebeldía que desde la construcción ideológica:... “antifascistas, antiklericales, antimilitaristas, antiautoritarios, antipropietarios”, [y defienden] “la ecología, la democracia libertaria, la cultura alternativa””. AGUIRRE, A., Y RODRÍGUEZ, M.: *Skins, Punkis, Okupas y otras tribus urbanas*. Ed. Bardenas. Barcelona, 1997. Pág., 173. “Posturas ácratas y libertarias. No se trata de un anarquismo clásico, sino de un rechazo de las instituciones (clero, políticos, etc.) y de los poderes “fácticos” (banca, jueces, ejército y policía, etc.), así como la defensa de la “autogestión libertaria. No quieren “pagar un precio” (al poder) por vivir, habitar y divertirse. La autogestión asamblearia, la rebelión a “pagar un precio” (“impuesto” por el sistema, de esclavitud), el rechazo a toda forma vertical de poder, son algunas de sus constantes”. AGUIRRE, A., Y RODRÍGUEZ, M.: *Skins, Punkis, Okupas y otras tribus urbanas...* Op. cit., Pág., 172.

organizaciones formales. La relativa indefinición legal y política ante las okupaciones catalizaron la consolidación del movimiento¹³³⁶.

B) Singularidades en la trayectoria del movimiento okupa

A partir de la aprobación del Código Penal de 1995 (que tras una *vacatio legis* de seis meses, entró en vigor el 24 de mayo de 1996), sufre una fuerte represión política, judicial y policial. Durante los años inmediatamente posteriores a esa fecha aumentan tanto los desalojos como las okupaciones y su repercusión mediática. Se multiplica y diversifica, se incrementan las tensiones y enfrentamientos con las autoridades locales, y se consolidan tendencias propias en su seno, como el rechazo a su institucionalización (a la “legalización” de las okupaciones)¹³³⁷.

¹³³⁶ “Pese a su carácter relativamente minoritario, el movimiento ha suscitado la simpatía de un importante sector de la juventud,... que vive en carne propia el problema de la falta de vivienda, la falta de espacios propios y la difícil emancipación de los padres”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >>... *Op. cit.*, Pág., 92. “El surgimiento de la okupación en Euskadi es algo más prematuro que en Cataluña, y se inicia con las okupaciones a principios de los ochenta de los antiguos locales de la OJE (Organización Juvenil Española, locales de las juventudes falangistas del régimen franquista) con el objetivo de conseguir locales de ensayo para grupos de música rock y punk, y de reunión de jóvenes en general... En Cataluña, la primera okupación se produce en el barrio de Gracia, en 1984, y tiene como referente el movimiento *squatter*, con una estética e ideología punks. En este barrio, la práctica de las okupaciones se liga en esta etapa inicial a la necesidad de vivienda, mientras que en el Prat de Llobregat se produce una okupación con el objetivo de paliar la falta de locales de ensayo, igualmente vinculada a una estética punk con contenido político antisistema”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >> en *Creadores de Democracia radical. Movimientos sociales y redes de políticas públicas*. IBARRA, P., MARTÍ, S., Y GOMÁ, R. (COORDS.). Ed. Icaria, 1ª edición. Barcelona, 2002. Págs., 190-191. “A partir de 1985, la okupación (con k) extiende su ámbito temático y organizativo, volviéndose política y beligerante”. ADELL ARGILÉS, R.: << Mani-fiesta-acción: La contestación okupa en la calle (Madrid, 1985-2002) >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Pág., 92.

¹³³⁷ “La okupación en tanto que fenómeno de acción colectiva crítica, debe tener necesariamente impactos en la *governance*, sean éstos deseados o no por el propio movimiento”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Pág., 187. “Este año [1996] supone el salto a la agenda pública de la temática de la okupación a partir de tres factores principales de oportunidad política y de movilización. En primer lugar, la entrada en vigor del nuevo Código Penal, que supone la criminalización legal del movimiento; en segundo lugar el desalojo del cine Princesa en Barcelona, que por la importancia y popularidad de este centro social okupado, así como por la espectacularidad y violencia del desalojo, supone el acceso del movimiento a la “opinión pública”; y finalmente entran nuevas sensibilidades en el movimiento en esa misma época, proveniente sobre todo del antimilitarismo y del movimiento estudiantil, que le dotan de una creciente capacidad de movilización e incidencia pública”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: ... *Op. cit.*, Pág., 189. “Ante la criminalización de la okupación, diversos sectores juveniles de la izquierda radical (autónomos, extrema izquierda, clásica, anarquistas, independentistas, radicales) apostaron por esta vía como método de denuncia de la ausencia de democracia ante la disidencia al *statu quo*”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: ... *Op. cit.*, Pág., 195. “Destaca... por su simbolismo, la acción de 19 de marzo de 1998, cuando se iza la bandera okupa en el Parlamento de Cataluña, en sustitución de la española. La acción reivindicaba la despenalización de la okupación y se salda con tres

C) Reconfiguraciones del movimiento okupa

Las okupaciones de inmuebles para residir en ellos se halla en el inicio del movimiento y también en su final; sin embargo, la fuerza y trascendencia pública del movimiento se ha conseguido gracias a los centros sociales okupados y autogestionados (CSOA) en los que las funciones de vivienda se han integrado, subordinado o eliminado, a favor de una amplia gama de actividades contraculturales, políticas y productivas abiertas a otros movimientos sociales y a sectores de población allende la propia “escena” alternativa. A medida que el movimiento se fue expandiendo, diversificándose las redes sociales implicadas y adquiriendo experiencia sus participantes y activistas, el movimiento okupa comienza entonces a abarcar, trazando nuevas alianzas, a centros sociales no okupados y a organizaciones sociales de un amplio espectro del movimiento alter-globalización o de los barrios y ciudades donde se habían desarrollado okupaciones¹³³⁸.

detenidos, que un año después serán juzgados por "alteración grave del orden en un edificio público". GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: ... *Op. cit.*, Pág., 198. *Vid.*, MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: << Condiciones sociales de vida y autorreflexividad en el movimiento de okupación >> en *Zainak. Cuadernos de Antropología-Etnografía*, Nº 24: Las culturas de la ciudad, 2. Eusko Ikaskuntza-Sociedad de Estudios Vascos, 2003. Págs., 707-738.

¹³³⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: << El Movimiento de Okupaciones: Contracultura Urbana y Dinámicas Alter-Globalización >> en *Revista de Estudios de Juventud*, Nº 76, marzo 2007. Págs. 225-243. “Frente a la “revolución de la moda” intentan resucitar la “moda por la revolución”. El centro social aparece como “un soviet de autoorganización”. ADELL ARGILÉS, R.: << Mani-fiesta-acción: La contestación okupa en la calle (Madrid, 1985-2002) >>... *Op. cit.*, Pág., 93. “Los diferentes nombres que se utilizan para los CSO hacen referencia al lugar donde está situado el centro okupado. En el estado español se les denomina “Centros Sociales Okupados y/o Autogestionados” y en los Países Catalans “Casal Popular i/o Autogestionat” o “Ateneu”. En Euskal Herria se denominan, por lo general, “Gaztetxe” o “Gazte Lokala”, y se pueden encontrar algunos Ateneos. Independientemente del nombre, todos ellos, tanto en el pasado como actualmente, responden a la necesidad de poder crear y gestionar autónomamente infinidad de aspectos de la vida diaria, entre ellos la programación cultural”. ÁLVAREZ MOLÉS, P.: *Movimientos sociales, relaciones de género y cultura. El caso de los gaztetxes en la CAPV*. <http://www.gipuzkoagazteria.net/nodoa.php?nd=13573&hizkntz=2>. Pág., 48. *Vid.*, MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: << Viviendas y Centros Sociales en el movimiento de okupación: Entre la autogestión doméstica y la reestructuración urbana >> en *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*. Universidad de Barcelona. Vol. VII. Núm. 146(109), 1 de agosto de 2003. DAVID MADRID, Y JORGE MURCIA, distinguen en función del lugar en que se produzca, entre okupación rural y urbana. “Urbanas son aquellas que se producen en diferentes viviendas de las ciudades y su área metropolitana. Rurales las que se producen en viviendas ubicadas en el mundo rural (caserones, bordas, masías y pueblos abandonados)”. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres*. Ed. Arcopress, 1ª edición. 2008. Pág., 92. “Entre 1936 y 1939, grupos de marcada tendencia anarquista, empezaron a realizar sus primeras ocupaciones rurales con el objetivo de abolir el concepto de propiedad privada. No obstante, no es hasta finales de los años setenta, cuando aparece en escena el movimiento neo-rural llamado también movimiento alternativo rural. En los inicios de la ocupación rural, movimientos como el hippie, ecologista, o grupos antinucleares estaban muy vinculados a la alternativa rural, convirtiendo esta nueva práctica en frente de lucha muy útil para conseguir sus propios intereses personales”. VV.AA.:

D) Movimiento urbano

CASTELLS definió a los MSU (movimientos urbanos) como “*acciones colectivas conscientemente determinadas a transformar los intereses y valores sociales de una ciudad históricamente determinada*”¹³³⁹.

Desde esta perspectiva el “movimiento okupa” no puede ser considerado como un movimiento juvenil o como prácticas ilegales aisladas para satisfacer la necesidad de

Manual delincuencia urbana. Tribus urbanas. Ed. Publicep Libros Digitales. Humanes de Madrid, 2008. Pág., 103. En relación con la okupación rural Vid., VV.AA.: *Colectividades y okupación rural. II Jornadas Anticapitalistas. En la Universidad Autónoma de Madrid. Del 4 al 8 de marzo del 96.* Ed. Traficantes de sueños. Madrid, 1999.

¹³³⁹ CASTELLS, M.: *La ciudad y las masas. Sociología de los movimientos sociales urbanos.* Ed. Alianza Editorial, S.A., Madrid 1986. Págs. 20-21. DAVID MADRID Y JORGE MURCIA, catalogan al “Movimiento Okupa” como “Tribu Urbana”. Sostienen, que se trata de un término acuñado por los medios de comunicación. Pese a ello, definen a las Tribus Urbanas como “grupo de jóvenes con entidad propia, que observan una forma de vestir y vivir en común, con aficiones, formas de expresión, símbolos de identidad, actividades, reglas y rituales de admisión que giran en torno a una ideología o filosofía de vida, y donde su presencia es visible en la gran mayoría de las Comunidades Autónomas”. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres.* Ed. Arcopress, 1ª edición. 2008. Pág., 16. En la misma obra catalogan a los Okupas como Tribu Urbana violenta. MADRID, D., Y MURCIA, J.:... *Op. cit.*, Págs., 85-102. En contra de este criterio SICILIA URBÁN, quien considera que “proviene de “tribus urbanas” diversas desde punkis o satánicos hasta skin heads”. SICILIA URBÁN, M.A.: << Catálogo de “tribus urbanas” >> en *Cuadernos de Realidades Sociales...* *Op. cit.*, Págs., 194-195. En el mismo sentido se pronuncian ÁNGEL AGUIRRE Y MARISOL RODRÍGUEZ, “los okupas no son ninguna “tribu urbana” definida, pues conviven muchas tendencias en el movimiento okupa. Sin embargo, es verdad que el movimiento punk es el que más adeptos le ha dado y el que más ha simpatizado con la okupación”. AGUIRRE, A., Y RODRÍGUEZ, M.: *Skins, Punkis, Okupas y otras tribus urbanas...* *Op. cit.*, Pág., 172. “Los colectivos okupas pueden considerarse un *movimiento social* en tanto en cuanto son “colectividades que actúan con cierta continuidad para promover o resistir un cambio en la sociedad o en el grupo del que forman parte” (Turner y Killian). Son, asimismo, y siguiendo la definición de Anthony Giddens, “un intento colectivo de promover un interés común, o de asegurar un objetivo compartido, mediante la acción colectiva en el exterior de la esfera de las instituciones establecidas”. Forman “un contendiente que busca un bien colectivo para un grupo de personas por medio de diferentes tácticas, algunas de las cuales pueden incluir *métodos no convencionales, incluso ilegales*, de presión hacia el objetivo” (Oberschall). A tenor de las anteriores definiciones, podemos afirmar que estamos ante un movimiento social, basado más en la movilización para la acción que en la movilización para el consenso (Klandermans, Gamson)... En España... sus protagonistas no quieren considerarse a sí mismos como un movimiento social... ni como un fenómeno reducido a una sola *acción subversiva* (la okupación) o a un solo tema (la vivienda)”. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: << Introducción >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales.* ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Págs., 24-25. “La dimensión activa o movilizadora es consustancial a los llamados movimientos sociales. El acto irreductible que subyace a todos los movimientos sociales y revoluciones es la *acción colectiva contenciosa*... Una acción colectiva implica la lucha de dos actores, caracterizándose cada uno por una solidaridad específica y oponiéndose al otro por la apropiación y el destino de valores y recursos sociales. En un segundo nivel, la acción colectiva incluiría también todas las conductas que rompen las normas institucionalizadas en los roles sociales, que desbordan las reglas del sistema político y/o que atacan la estructura de relaciones de clase en una sociedad”. ADELL ARGILÉS, R.: << Mani-fiesta-acción: La contestación okupa en la calle (Madrid, 1985-2002) >>... *Op. cit.*, Pág., 89.

vivienda. Por el contrario, existen indicadores suficientes de que se trata de un “movimiento urbano” con una notable persistencia en el tiempo y que abre un conflicto político de primer orden con el sistema político y económico dominante; a saber:

- las okupaciones son mostradas públicamente, comunicadas y reivindicadas mediante panfletos, pintadas en las paredes, banderas, ruedas de prensa, etc.;
- la provisión de vivienda se combina frecuentemente con la organización de actividades culturales, de debate, artísticas, de protesta sobre diversos temas, constituyendo CSOA abiertos a otros activistas, simpatizantes y públicos;
- la constitución de redes internas de relación social entre las distintas okupaciones y con otras organizaciones sociales que garantizan la continuidad de los proyectos y de los activistas independientemente de cada okupación concreta;
- la iniciación de una fuerte socialización política aprendiendo a ejercer derechos de ciudadanía, de organización colectiva y de expresión, a la hora de defender las okupaciones y de participar en diversas luchas sociales (de solidaridad con inmigrantes, antirrepresivas, frente a la videovigilancia, ecologistas, antimilitaristas, etc.).
- la promoción de una autoorganización asamblearia al margen de los partidos políticos, de los sindicatos y de organizaciones más formalizadas (vecinales, de solidaridad, etc.)¹³⁴⁰

¹³⁴⁰ “La organización interna del movimiento okupa pivota sobre la figura de las asambleas y donde la *democracia directa* favorece la toma de decisiones por *nemine discrepante*... Aunque la gran mayoría de la población se limita a identificar el movimiento okupa como un característico “síntoma de rebeldía juvenil dirigida hacia la propiedad privada”, desconoce que detrás de este colectivo, “aparentemente desorganizado” existe una sólida y estable estructura, una organización donde las simpatías de muchas entidades así como el apoyo de ciertas corrientes políticas favorecen el mantenimiento de sus múltiples reivindicaciones. En líneas generales todas las estructuras organizativas son difusas, aunque la estructura asamblearia del movimiento okupa es más difusa que cualquier otra. Dentro de su organigrama se pueden apreciar los siguientes órganos con sus correspondientes funciones. *Comisión permanente*. Tiene como funciones: Asegurar el intercambio de información entre los colectivos que participen en la estructura. Preparación de asambleas generales. Elaboración y reparto de textos, actas, panfletos, etc. Mantener relaciones con los diferentes medios de comunicación. Un departamento jurídico-legal encargado de mantener relaciones con los abogados y cuyas funciones específicas son el asesoramiento y respaldo judicial a todos los miembros del colectivo okupa... Jornadas anuales de debate y reflexión. *Asamblea general*. De carácter bimensual... Participan todos los colectivos que forman parte de la organización y personas que vayan a trabajar para el colectivo. Como funciones principales tiene: Valoración y control del trabajo de las comisiones. Intercambio de información entre los colectivos. Debates acerca de las líneas de trabajo a seguir. *Comisiones técnicas*. Tienen como función desarrollar las propuestas del colectivo así como todas aquellas iniciativas que se deriven de una necesidad puntual. Esta comisión estará formada por delegados o representantes de los colectivos y por todas aquellas personas afines a la causa”. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres...* Op. cit., Págs., 91-

E) Relaciones con movimientos alter/anti globalización

Desde el punto de vista ideológico y del tipo de acciones contraculturales emprendidas, las okupaciones han tenido siempre una vocación global que las diferenciaría (junto a su carácter público, contencioso y provocador) de las ocupaciones meramente destinadas a satisfacer la necesidad de alojamiento.

Se trataría de un movimiento que en España se podría considerar “madrugador” e “inaugurador” de todo un ciclo de protestas más amplio, influenciando con su ejemplo de democracia radical a toda una familia de movimientos sociales que confluirán en el movimiento alter/anti-globalización. Si bien el acoplamiento progresivo del movimiento okupa al alter/anti-globalización y la consecuente crisis, estancamiento y “fagocitación” del primero por parte del segundo, pondría de manifiesto la culminación exitosa de uno de los discursos predominantes (entre los más elaborados) en las okupaciones, el de la búsqueda de una mayor autonomía social y de alianzas múltiples en los movimientos de crítica al orden capitalista¹³⁴¹.

1.1.3.- CONFIGURACIONES BÁSICAS DEL FENÓMENO OKUPA

Las configuraciones son combinaciones de características que juntas encajan bien y son así efectivas. En el caso de la okupación, las configuraciones difieren en las características de las personas implicadas, el tipo de inmuebles, el marco cognitivo

92. “En el momento en que se establece una acción conjunta, existen criterios implícitos, además de ser un sector bastante organizado”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Pág., 216. “En el movimiento okupa resulta bastante evidente la presencia de una estructura de redes segmentada, reticular, policéfala, difusa o, incluso, latente. Cada okupación vive su propia vida con autonomía respecto al resto del movimiento, incluso si mantiene una serie de lazos a través de la circulación de informaciones y personas; estos lazos se hacen explícitos solamente con ocasión de movilizaciones colectivas, "en donde la red latente emerge, para, seguidamente sumergirse de nuevo...". ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: << Introducción >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Pág., 26.

¹³⁴¹ MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: << El Movimiento de Okupaciones: Contracultura Urbana y Dinámicas Alter-Globalización >> en *Revista de Estudios de Juventud*, Nº 76 Jóvenes, globalización y movimientos altermundistas, marzo 2007. Págs. 225-243. “Se llevan bien con todos aquellos grupos que no practiquen ideologías fascistas o racistas. Su enemigo es el sistema en general y, en particular, la policía”. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres...* *Op. cit.*, Pág., 87.

(representan distintos paradigmas), sus demandas y los patrones de organización y movilización que desarrollan. Siguiendo a HANS PRUIJT podemos distinguir cinco configuraciones¹³⁴².

A) Okupación debida a la pobreza (simple ocupación)

Es la configuración más antigua e implica la participación de personas sin recursos económicos que realizan ocupaciones debido a una situación extrema de pobreza, y por ende de privación de vivienda. Extrema situación de pobreza significa mucho más que tener una necesidad de vivienda; implica que muy posiblemente se trata de personas que no tiene otra opción que vivir en refugios para indigentes¹³⁴³. Es objeto de análisis detallado en el punto 1.3 de este capítulo (“Ocupación: problema económico, no ideológico”).

B) Okupación como estrategia alternativa de vida

Se trata de una configuración mucho más reciente en el tiempo que la anterior, en la que están presentes las siguientes notas:

a) Personas

Incluye un variado rango de posibles okupas: personas que no entran en la categoría de pobres que sufren extrema privación de vivienda porque no están casados o no tienen hijos, o porque son jóvenes o poseen educación. Okupas que no eran antes indigentes, sino que vivían previamente en una habitación alquilada o en un dormitorio de estudiantes y querían mudarse a un apartamento. Individuos que quieren vivir en grupo y no encuentran en el ordenamiento legal vigente un tipo de vivienda que lo haga

¹³⁴² PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Pág., 37. En realidad la división es dicotómica, y debe distinguirse únicamente entre ocupación y okupación. La okupación debida a la pobreza no es sino una simple ocupación. Todas las demás variedades entrarían en el concepto de okupación, distinguiéndose entre sí únicamente en función de si el pretexto social (necesidad de vivienda) que les mueve a realizar una actividad ilícita (okupar) está más o menos presente en su *lucha* contra el orden jurídico, político, económico, y social imperante.

¹³⁴³ PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >>... *Op. cit.*, Págs., 37-38.

posible. Entusiastas radicales de la cultura DiY, que prefieren crear sus propias viviendas en lugar de tener que trabajar largas jornadas en puestos de trabajo convencionales para poder pagarse un alquiler. Personas de clase media en su origen (pero con muchas posibilidades de bajar de escala social) que han decidido dedicarse a actividades que suponen escasos ingresos económicos¹³⁴⁴.

b) Tipo de inmuebles

El tipo preferido de edificio es aquel que permite a las okupaciones ser vista como una parte adicional al *stock* de vivienda disponible, sin pretensiones, por tanto, de querer formar parte del mismo. Los inmuebles utilizados suelen ser espacios comerciales que nunca fueron pensados para ser usados como vivienda, casas de vecindad que fueron oficialmente retiradas del mercado (para su demolición...), o alojamientos de lujo vacíos.

c) Marco cognitivo

A diferencia de lo que sucede con los marcos cognitivos de la ocupación, la pobreza no es un aspecto relevante. Los okupas no se presentan a sí mismos como personas necesitadas de ayuda y/o asistencia. No sólo no se estigmatizan como

¹³⁴⁴ DiY, del inglés *Do it yourself* (Hazlo tú mismo). “El origen real del DIY, allá por los años setenta, proviene de la subcultura punk, y estaba ligado a posturas anticonsumistas y antisistema; pero no fue hasta los años noventa cuando empezó a considerarse como un movimiento realmente emergente, sobre todo en Inglaterra, que fue donde más rápidamente se popularizó. Una de los ítems más visibles del DIY fueron los fanzines, que revolucionaron el mundo de la prensa escrita. Muchas de las publicaciones actuales más punteras son herederas en cierta medida de aquella revolución, y hay incluso quien dice que la actual escena independiente desarrollada en Internet tiene su origen en aquella escena fanzinería de los noventa. ¿Por qué hoy vuelve a hablarse insistentemente del DIY? ¿Se trata sólo de una faceta más del revival noventero que los medios vienen anunciando desde hace un tiempo? La respuesta, una vez más, nos la vuelve a dar la tecnología. Internet y los avances tecnológicos producidos en los últimos diez años han hecho posible que el DIY deje de ser un método Low-Fi [del inglés *low fidelity*, baja fidelidad], para convertirse en una posibilidad real de generar no sólo productos, sino también contenidos de alta calidad. Artistas, creadores y trabajadores en general pueden permitirse ahora esquivar las ataduras del mundo profesional clásico (y sus métodos e instituciones) y generar ellos mismos trabajos y contenidos valiosos. Los avances en softwares de todo tipo y la proliferación del acceso a Internet de alta velocidad ha dado a los ciudadanos la capacidad no sólo de generar sus propios productos y contenidos, de acuerdo a sus verdaderas necesidades, sino también de distribuirlos (en este sentido es interesante el concepto de distribución viral). Es más, cada vez es mayor la capacidad de los ciudadanos de generar sus propios empleos, lo que nos acercaría a una definitiva y verdadera revolución laboral”. <http://html-studios.blogspot.com.es/2013/04/origendiy.html>.

perdedores sino que se enorgullecen de haber auto-creado una solución al problema de la vivienda.

d) Demandas

El deseo básico de los okupas no es conseguir ayuda, sino “que no les molesten”, “que les dejen en paz”. Las demandas son principalmente herramientas tácticas con el objetivo de conseguir algún grado de autonomía o de emancipación respecto de las autoridades y políticas oficiales de vivienda.

e) Patrones de organización y movilización

La okupación se inserta en la contracultura y en la política. Es en primer lugar una oportunidad para la expresión subcultural como incentivo adicional pues ofrece a los individuos oportunidades de enlazar su estilo de vida con su situación de vivienda. Así resulta más fácil, por ejemplo, que un grupo de feministas pueda vivir en un edificio sólo por y para mujeres, algunos *punkies* puedan vivir exclusivamente con *punkies*, o se experimente con la vida comunal...

La okupación produce un aumento del poder relativo de los individuos respecto de las autoridades y políticas oficiales, al romper con lo oficial a través de una actitud hacia no ser mantenidos por el Estado, como mínimo en el área de la vivienda. Produce un resultado tangible inmediato al margen de los canales oficiales o convencionales.

Es un lazo de unión con otros movimientos en ciclos de protesta (ecologistas, antifascistas, antimilitaristas...). El movimiento de okupación es parte de una familia de movimientos sociales de izquierda libertaria¹³⁴⁵.

C) Okupación para la creación de espacio social

La okupación ofrece oportunidades para la creación de casi cualquier tipo de espacio social, sin necesidad de poseer grandes recursos ni de arriesgarse a perderse en

¹³⁴⁵ PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >>... *Op. cit.*, Págs., 41-48.

interminables trámites burocráticos¹³⁴⁶. Los espacios elegidos pueden ir desde locales pequeños a grandes centros comerciales, complejos militares, almacenes, astilleros...

Los centros sociales, espacios liberados o *breeding places* tienen como principal función reducir el aislamiento y la distancia respecto a las oportunidades para crear una identidad, como consecuencia del declive de los grandes lugares de trabajo, sindicatos y partidos políticos. Algunos centros están más orientados políticamente y otros más relacionados con la contracultura¹³⁴⁷.

D) Okupación conservacionista

Implica okupar como una táctica usada en la preservación del paisaje rural y urbano¹³⁴⁸. Si se logran los objetivos deseados se abandona la okupación. Los grupos comunitarios contra el desarrollo de las ciudades pueden organizar okupaciones como una forma de aumentar la resistencia contra un cambio en función del terreno, asegurándose de que los lugares donde sus habitantes originales y usuarios han sido ya desplazados son poblados de nuevo¹³⁴⁹.

¹³⁴⁶ “Algunos ejemplos son: centros de vecindad, bares de okupas (con beneficios destinados a acciones y proyectos solidarios), tiendas de reparación de bicicletas, casas para mujeres, restaurantes, imprentas, teatros y centros de proyecciones de películas, servicios de préstamo de herramientas, escuelas alternativas, centros de día, espacios festivos, galerías de arte, librerías y centros informativos, tiendas de alimentación, talleres...”. PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >>... *Op. cit.*, Pág., 48. *Vid.*, LORENZI FERNÁNDEZ, E.: “Centro social en movimiento”. *Los talleres de auto-reparación de bicicletas en espacios autogestionados*. <http://madrid.bicicritica.com>

¹³⁴⁷ PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >>... *Op. cit.*, Págs., 48-50. “La práctica de la okupación, tanto de viviendas como de centros sociales, es *central* en este movimiento, aunque han sido los centros sociales los espacios que más atracción contracultural y conflicto político han generado, al mismo tiempo, que *de forma a menudo paradójica, se tendía a infravalorar la prioridad reivindicativa de las necesidades de alojamiento, desde el propio seno del movimiento*”. MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: << Del urbanismo a la autogestión: Una historia posible del movimiento de okupación en España >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Págs., 73-74.

¹³⁴⁸ V. gr.: Para impedir la construcción de carreteras, bloques de oficinas...

¹³⁴⁹ PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >>... *Op. cit.*, Págs., 51-52.

E) Okupación política

Es un campo de acción para todos aquellos involucrados en la política antisistema y para quienes implícita o explícitamente se identifican con ideas revolucionarias o “autónomas”. Okupar es interesante dado el elevado potencial de confrontación con el Estado. Para ellos el concepto de poder (contra-poder, cara a cara con el Estado) tiene gran relevancia. Los okupas que no comparten de forma tan acusada el bagaje ideológico de los *okupas políticos* los apoyan basándose en un sentimiento de solidaridad. Los primeros son manipulados por los segundos, y se quejan de un control excesivamente centralizado y de la organización casi paramilitar que se enfrenta a la policía¹³⁵⁰.

Afirma ZULUETA que “las okupaciones pacíficas de inmuebles desde finales del siglo XX se diferencian de épocas anteriores [simples ocupaciones] en el *carácter político* que esta actividad adquiere; ya no se okupa únicamente para tener un techo en el que guarecerse, sino también, y a veces únicamente, como forma de hacer política. Las okupaciones ya no son clandestinas sino públicas, y gracias a ellas se fomenta el debate social respecto a una situación política que se aprecia injusta y que se quiere cambiar desde un ámbito extra-institucional. En las casas okupadas y en los Centros Sociales Autogestionados se empieza a organizar una disidencia..., que profundiza en el antifascismo, el antimilitarismo, el feminismo y la antiglobalización”¹³⁵¹.

¹³⁵⁰ PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >>... *Op. cit.*, Págs., 52-55. “Conquistar espacios liberados y hacerlos seguros... eso es reformismo clásico. Eso no desestabiliza ningún sistema, el sistema capitalista también reacciona de forma muy flexible, los espacios liberados pueden ser integrados, la resistencia canalizada en guetos, perdiendo el poder explosivo: patios para jugar. En Amsterdam, los llamados “Autónomos” promovieron el uso de la violencia durante las manifestaciones en la coronación de la reina Beatriz... Un militante del Frente Autónomo reclamo un (suave) ataque con bombas en la oficina municipal de distribución de vivienda”. PRUIJT, H.: ... *Op. cit.*, Pág., 55. “Según nuestro estudio, el ambiente en que transcurren las manifestaciones es muy desigual... en el 29,4 por ciento con algún incidente leve o importante, y en el 2,4 por ciento de los casos con graves violencias”. ADELL ARGILÉS, R.: << Mani-fiesta-acción: La contestación okupa en la calle (Madrid, 1985-2002) >>... *Op. cit.*, Pág., 100.

¹³⁵¹ ZULUETA, E.: << La okupación como delito político >> en *Diagonal*, 12 al 25 de mayo de 2005. Pág., 14.

a) *Movimiento 15M*

El 15M, es un movimiento apartidista y asindicalista que se organiza en torno a asambleas descentralizadas por los barrios de las ciudades de toda España, en el que las acampadas y ocupaciones de espacios públicos emblemáticos en los centros urbanos han pasado de meros repertorios de protesta a modelos de autoorganización social y democracia directa. En este movimiento se ha dado una convergencia con el “movimiento de okupaciones”. Convergencia ideológica desde el momento en que las acampadas en las plazas se configuran de forma autónoma, autogestionada y asamblearia. Posteriormente surgen flujos de ayuda mutua que comportan una utilización de los centros sociales okupados por los grupos de trabajo del 15M, primero, y una incorporación a los mismos, después. Proporcionando unos fundamentos y recursos socio-espaciales a los múltiples componentes del movimiento 15M de forma tal que le permite su continuidad contenciosa desde los centros urbanos de forma homóloga a lo conseguido con las ocupaciones de las plazas¹³⁵².

¹³⁵² Cfr., <http://www.movimiento15m.org/>; MARTÍNEZ, M.A., Y ÁNGELA GARCÍA, A.: *Ocupar las plazas, liberar los edificios*. http://www.miguelangelmartinez.net/IMG/pdf/articulo_ACME_8000_v1_doc.pdf. “El 20 de mayo, la asamblea de la Puerta del Sol, en Madrid, elaboró el siguiente texto programático en un ejercicio de consenso entre todos los indignados allí reunidos: Como resultado del consenso alcanzado durante la Asamblea celebrada el día 20 de mayo de 2011 en *ACAMPADA SOL*, y como resultado de la recopilación y síntesis de las miles de propuestas recibidas a lo largo de estos días, se ha elaborado una primera relación de propuestas. Recordamos que la Asamblea es un proceso abierto y colaborativo. Esta lista no debe entenderse como cerrada. Propuestas aprobadas en la Asamblea de hoy día 20 de mayo de 2011 en *ACAMPADA SOL*. Cambio de la Ley Electoral para que las listas sean abiertas y con circunscripción única. La obtención de escaños debe ser proporcional al número de votos. Atención a los derechos básicos y fundamentales recogidos en la Constitución como son: derecho a una vivienda digna, articulando una reforma de la Ley Hipotecaria para que la entrega de la vivienda en caso de impago cancele la deuda; sanidad pública, gratuita y universal; libre circulación de personas y refuerzo de una educación pública y laica. Abolición de las leyes y medidas discriminatorias e injustas como han calificado la Ley del Plan Bolonia y el Espacio Europeo de Educación Superior, la Ley de Extranjería y la conocida como Ley Sinde. Reforma fiscal favorable para las rentas más bajas, una reforma de los impuestos de patrimonio y sucesiones. Implantación de la Tasa Tobin, que grava las transferencias financieras internacionales y supresión de los paraísos fiscales. Reforma de las condiciones laborales de la clase política para la abolición de sus sueldos vitalicios, así como que los programas y las propuestas políticas tengan carácter vinculante. Rechazo y condena de la corrupción. Que sea obligatorio por la Ley Electoral presentar unas listas libres de imputados o condenados por corrupción. Medidas plurales con respecto a la banca y los mercados financieros en cumplimiento del artículo 128 de la Constitución, que determina que “toda la riqueza del país en sus diferentes formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. Reducción del poder del FMI y del BCE. Nacionalización inmediata de todas aquellas entidades bancarias que hayan tenido que ser rescatadas por el Estado. Endurecimiento de los controles sobre entidades y operaciones financieras para evitar posibles abusos en cualquiera de sus formas. Desvinculación verdadera entre la Iglesia y el Estado, como establece el artículo 16 de la Constitución. Democracia participativa y directa en la que la ciudadanía tome parte activa. Acceso popular a los medios de comunicación, que deberán ser éticos y veraces. Verdadera regularización de las condiciones laborales y que se vigile su cumplimiento por parte de los poderes del Estado. Cierre de todas las centrales nucleares y la promoción de energías renovables y gratuitas. Recuperación de las empresas públicas privatizadas. Efectiva separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Reducción del

1.1.4.- MOTIVACIONES DE LA OKUPACIÓN

“¿Cuánta gente conocemos que las pase canutas para llegar a fin de mes? Y aún más, nos preguntamos: ¿es justo que tengamos que hipotecar nuestra existencia en trabajos indignos (si es que podemos aceptar el concepto de trabajo asalariado digno), mientras unos pocos se enriquecen a nuestra costa, tanto explotándonos directamente en lo laboral como en lo que nos sacan por vivir en sus casas?”¹³⁵³.

La respuesta a estas preguntas que encontramos en el Manual de Okupación, elaborado por la Oficina de Okupación de Madrid nos permitirá descubrir la etiología de la okupación.

“Nuestra postura ante esta situación *no pasa por la reivindicación de mejoras en las condiciones de acceso a la vivienda o la intervención de los poderes públicos para obtener ayudas o regulación del mercado inmobiliario*. Consideramos que la acción del poder político no es más que el reflejo de los intereses de las empresas inmobiliarias y constructoras y los del propio Poder, ya que las medidas tomadas para resolver esta penosa situación no son más que botes de humo lanzados con la intención de crearse una imagen de falsa solidaridad con los desfavorecidos y simular que pretenden amortiguar las desigualdades sociales.

Las oficinas de okupación pretenden difundir esta práctica como herramienta revolucionaria que permita a las personas proporcionarse por sus propios medios, un lugar digno donde vivir y desarrollar proyectos que partan de la autogestión, demostrando así a los poderosos que no les necesitamos. La legitimidad de la okupación tiene muy distintos enfoques, dado que se trata sólo de una práctica, y son las personas que la llevan a cabo quienes deciden el sentido de ésta. La expropiación temporal se fundamenta, entre otras razones, en la ilegitimidad de la propiedad entendida por su

gasto militar, cierre inmediato de las fábricas de armas y un mayor control de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Recuperación de la Memoria Histórica y de los principios fundadores de la lucha por la Democracia en el Estado. Total transparencia de las cuentas y de la financiación de los partidos políticos como medida de contención de la corrupción política”. <http://www.movimiento15m.org/>

¹³⁵³ OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación*. 1ª edición. Madrid, octubre de 2011. Pdf. <http://www.okupatutambien.net>. Pág., 13.

valor de cambio y no por su valor de uso. En otras palabras, la propiedad de un inmueble que se encuentra abandonado a la espera del momento oportuno para obtener el máximo beneficio es un lujo en una sociedad en la que millones de personas se dejan la vida en el trabajo para poder pagar los desorbitados precios de un mercado inflado por la especulación del ladrillo.

Este manual no pretende en modo alguno ser la única referencia de la okupación en Madrid, puesto que ésta es tan antigua como la Humanidad, y expertos hay tantos como personas que okupan. Nuestra intención es difundir y socializar el conocimiento acumulado, así como prestar asesoramiento técnico a los grupos o personas individuales que se decidan a okupar. Desde el nacimiento de las oficinas de okupación, en Inglaterra y Holanda durante la década de los 70, éstas han proliferado en distintas ciudades y han realizado a lo largo de décadas una importante tarea de asesoría y apoyo. En Madrid, las distintas oficinas existentes han establecido horarios de atención en algunos centros sociales okupados para dar este mismo servicio a las personas interesadas”¹³⁵⁴.

Frente a esta concepción un tanto “roobinhoodiana” de la okupación, consistente en una actuación de lucha contra la especulación inmobiliaria, encontramos otras oficinas de okupación donde se vislumbra que estamos ante una conducta de carácter más político (y revolucionario) que económico-patrimonial¹³⁵⁵.

Como ya dijimos anteriormente, el “movimiento okupa”, en tanto que movimiento urbano protagoniza *“acciones colectivas conscientemente determinadas a transformar los intereses y valores sociales de una ciudad históricamente determinada”*¹³⁵⁶. Desde esta perspectiva el “movimiento okupa” no puede ser considerado como un simple movimiento juvenil o como prácticas ilegales aisladas para

¹³⁵⁴ OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.: *Manual de Okupación*. 1ª edición. Madrid, octubre de 2011. Pdf. <http://www.okupatutambien.net>. Págs., 14-15.

¹³⁵⁵ “La Unión Federal de Policía (UFP) explicó ayer a través de un comunicado, que el 15-M “ha propiciado una nueva forma de delincuencia organizada dentro de un presunto plan de ocupación sistemática y planificada de edificios y propiedades ajenas”. El sindicato policial ha advertido del peligro que supone para las personas y los bienes esta nueva forma de cometer delitos “revestida de un pretexto social”. DELGADO, A.: << Los okupas ponen ahora condiciones >> en *Diario ABC*. Jueves, 8 de diciembre de 2011. Pág., 46.

¹³⁵⁶ CASTELLS, M.: *La ciudad y las masas. Sociología de los movimientos sociales urbanos... Op. cit.*, Págs. 20-21.

satisfacer la necesidad de vivienda, sino como un movimiento que abre un conflicto político de primer orden con el sistema político y económico existente¹³⁵⁷.

¹³⁵⁷ Aplicando las teorías de COHEN A.K., podría considerarse al movimiento okupa como una subcultura. El concepto de subcultura nace, en la década de los cincuenta, en la Sociología Criminal para explicar la conducta desviada de ciertas minorías marginales (minorías étnicas, políticas, raciales, culturales...), y concretamente la delincuencia juvenil. Los principales postulados o caracteres definitorios de las denominadas teorías subculturales son: 1º.- Carácter pluralista y atomizado del orden social: El cuerpo social está integrado por multitud de grupos y subgrupos diferenciados entre sí, que presentan un mosaico social fragmentado y conflictivo y sus propios códigos comportamentales, morales y de escalas de valores. 2º.- Las subculturas están integradas por grupos humanos con rasgos diferenciales respecto a la sociedad oficial o convencional. 3º.- Cobertura normativa de la conducta desviada: La conducta delictiva no es producto de la desintegración moral, desorganización personal, o de la ausencia de valores, sino reflejo de otro sistema normativo y ético, al que se denomina subcultural, (existen escalas de valores, conductas y códigos morales, que legitiman la conducta antisocial, por ejemplo los códigos de la mafia italiana, la omertá entre los presos y delincuentes profesionales -ley del silencio-, las luchas territoriales entre bandas rivales, etc.). 4º.- Existen semejanzas estructurales en la génesis (etiología) de las conductas regulares e irregulares. 5º.- Las teorías subculturales se apartan de las teorías ecológicas y de las de la anomia, por cuanto no les interesa tanto, la estructura ambiental del delito, la estructura interna de las bandas (teorías ecológicas), como su origen o etiología, estrechamente ligado al problema de la estratificación social. Así pues, el delito no es consecuencia de la desorganización social, ni de la carencia de valores o vacío normativo (teorías de la anomia), sino de una organización social desigual y de la existencia entre los distintos subgrupos que, al margen de los mayoritarios, también, componen el cuerpo social, de unos códigos éticos y valores, propios y diferentes a los de la "sociedad oficial". 6º.- El código axiológico, ético, comportamental o normativo de las distintas subculturas, cuenta con una cierta autonomía, si bien, no llega a independizarse por completo de la cultura dominante. 7º.- Las subculturas y los distintos grupos humanos que las integran, cuentan con una organización interna que regula las diversas relaciones entre sus miembros. 8º.- Las subculturas son en última instancia, la respuesta o mecanismo de superación de la frustración de determinados colectivos, marginados para la obtención de los objetivos culturales y convencionales de las clases dominantes. Son pues, un producto del limitado acceso de las clases bajas a los objetivos y metas culturales imperantes, ofreciendo a través de la subcultura, instrumentos que ofrecen a sus miembros la obtención del éxito a través de fórmulas alternativas (el delito). Así pues, para las teorías subculturales, el delito no es consecuencia de la desorganización social, ni de la carencia o vacío normativo, sino de una organización social distinta, de unos códigos de valores propios o ambivalentes, respecto a los de la sociedad oficial: es producto en suma, de los valores de cada subcultura. La subcultura surge en un modelo de sociedad plural y heterogénea. El proceso de interacción con otras personas que padecen semejantes problemas de adaptación social, genera un sentimiento de solidaridad de grupo. La participación en la subcultura aporta así a sus miembros el estatus que le niega la sociedad mayoritaria. Es por ello un mecanismo sustitutivo de participación social, una "mini-sociedad" de recambio para ciertas minorías, que gracias a una estructura organizativa y singular cuadro de valores, obtienen de su integración en la subcultura el necesario sentimiento de pertenencia e identidad, respecto al grupo, de camaradería, apoyo, estima y reconocimiento. Considera el Profesor GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que el promotor principal de las teorías subculturales es COHEN A.K., con su obra *Delinquent Boys. The Culture of the Gang, 1955* (Glencoe -Illinois-), el cual centró su obra en el análisis de la delincuencia juvenil de las clases bajas, concluyendo que las zonas donde se concentra la criminalidad (*delinquency áreas*) no son ámbitos desorganizados, carentes de normas y controles sociales, sino zonas o terrenos en los que están vigentes unas normas distintas de las oficiales. COHEN trató de verificar por qué las estadísticas criminales arrojan tasas de criminalidad tan elevadas entre bajas clases sociales de los barrios pobres (*slum*) concluyendo que el comportamiento delictivo refleja una protesta contra las normas y valores de las clases medias de la cultura norteamericana. Puesto que la estructura social impide al joven de las clases bajas, el acceso al bienestar por vías legales, experimenta un conflicto cultural o estado de frustración, lo que determina su inclusión en una subcultura separada de la sociedad o cultura oficial, subcultura gratuita, no utilitaria, maliciosa, negativa, destructiva y hedonista, provista de un sistema de valores propio y enfrentado al de aquella. Subcultura gratuita y no utilitaria, en el sentido de que los hechos criminales no persiguen directamente la obtención de un beneficio económico, sino otros objetivos (significado simbólico, espíritu de grupo y negación de los valores correlativos de la sociedad oficial). Maliciosa, por cuanto la satisfacción delincuencial, deriva precisamente, de la inconformidad de los otros y de la autocomplacencia hacia la provocación y el desafío de los tabúes sociales de la cultura oficial. Negativa y

En palabras de los propios movimientos okupas: “A lo largo de los años, la okupación se ha desarrollado en distintos pueblos como un modo más de recuperar su soberanía. Es un instrumento, una táctica y una práctica, y una forma de vivir las luchas. Desde hace tiempo, en Europa y en otros rincones del mundo los movimientos de okupación han sido bandera de la lucha contra el capitalismo, haciendo su aportación al movimiento social y político de cada pueblo. La okupación, como herramienta política que amplios sectores sociales han hecho suya, es una vía para hacer frente a la dominación y desestructuración como personas que vivimos hoy en día. Un instrumento para construir un nuevo modo de vida, para decir stop al desarrollo urbanístico, para crear alternativas ante la propiedad privada y para ponerlas en práctica. Haciendo frente a la cultura del consumo y al afán de lucro, la okupación, basándose en la práctica

destructiva, porque se enorgullece de hacer aquello que se considera incorrecto según los estándares de las clases medias. Hedonismo inmediato, toda vez que la misma, produce una satisfacción inmediata frente a la postergación del placer, típica de la clase media. El delito, según esto, no es consecuencia del contagio social, de la desorganización (teorías ecológicas) sino expresión de otros sistemas normativos (subculturas) cuyos valores difieren de los mayoritarios, o incluso se contraponen deliberadamente a estos. La subcultura opera como evasión a la cultura general, o reacción negativa a la misma. Es una suerte de cultura de recambio que ciertas minorías marginadas crean dentro de la cultura oficial para dar salida la ansiedad y frustración que padecen al no poder participar, por medios legítimos, de las expectativas que teóricamente a todos ofrece la sociedad. La subcultura criminal es una cultura de grupo, colectiva y no una opción individual, privada. Lo decisivo para COHEN es por qué existen las subculturas, y la génesis de las mismas, no por qué un joven pasa de una subcultura a otra. Afirma COHEN que cada clase social tiene su particular código de valores. La clase media pone especial énfasis en la eficiencia y la responsabilidad individual, en la racionalidad, el respeto a la propiedad, la constructividad en el empleo del tiempo libre, en el ahorro y en la post-posición del placer, en la movilidad social. Mientras las clases sociales bajas conceden mayor significación a la fuerza física y a la colectividad, y menor a la postergación del placer y al ahorro. Los jóvenes pertenecientes a estas últimas están abocados al conflicto y frustración porque se hallan en desventaja. De algún modo participan en ambos sistemas de valores, pues perteneciendo a la clase trabajadora, sus propios padres se hallan atraídos por los modelos de las clases medias, actitud reforzada por el sistema educativo y por el bombardeo institucional que oferta éxito y estima social. Sin embargo, carecen de las adecuadas técnicas de socialización para seguir unos valores (los de las clases medias) que no se acomodan al estatus de estos jóvenes, hándicap insalvable para responder a las demandas de la sociedad. El conflicto se produce cuando dichos jóvenes se identifican con las clases medias y al mismo tiempo, interiorizan los valores de la clase a la que pertenecen. Ubicados en una posición social inferior (y en desventaja) no podrán superar las demandas del grupo a que aspiran padeciendo graves problemas de adaptación. El conflicto admite tres opciones: la adaptación (*college boy*), la transacción o pacto (*corner boy*) y la rebelión frente a los valores de las clases medias (*delinquent boy*). El *delinquent boy* resuelve su frustración de estatus enfrentándose de forma abierta a los estándares de la sociedad oficial, porque la subcultura criminal no pacta, ni tolera ambigüedades, y precisamente dicha rebeldía depara prestigio. En la génesis de la subcultura criminal, otorga COHEN gran relevancia a cierto proceso psicológico (psicoanalítico) de formación reactiva que explicaría además algunas características de la delincuencia subcultural. La violencia desmedida e innecesaria de ciertas manifestaciones de la delincuencia juvenil y la ejecución colectiva, por bandas, de delitos patrimoniales serían consecuencia de tal mecanismo psicológico cuyo distintivo es la notoria desproporción de la respuesta conductual al estímulo y el valor simbólico de la conducta misma. DE VICENTE DE CASTRO, B.: *Criminología I. Parte General*. (inédito); Págs., 237-245; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* *Op. cit.*, Págs., 494-499; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología...* *Op. cit.*, Págs., 797, y 812-816.

revolucionaria de la autogestión, va sustrayéndose a las garras de la economía dominante actual”¹³⁵⁸.

ROBERT GONZÁLEZ, LLUC PELÁEZ Y ASIER BLAS, sostienen que dentro del movimiento okupa podríamos distinguir dos concepciones distintas pero totalmente complementarias. Una que concibe la okupación como un arma de combate para llevar a cabo un proyecto transformador que responde a una ideología concreta y previamente definida. Otra, que contempla la okupación como un medio para llevar a cabo proyectos de experimentación personal y colectiva, siguiendo pautas de comportamiento alternativas, bajo una lógica de insumisión cotidiana entre los integrantes del colectivo, y sin un proyecto alternativo concreto de sociedad. Así, en los Gaztetxes, los okupas comparten planteamientos políticos revolucionarios y de transformación social, por eso centran su acción colectiva en la agitación social continua. Su primer objetivo no es presionar a la administración en una política concreta, como la de vivienda, sino plantear una lucha contra el sistema capitalista¹³⁵⁹.

Asimismo, ROBERT GONZÁLEZ, LLUC PELÁEZ Y ASIER BLAS afirman que a diferencia de otros movimientos o redes críticas, el movimiento okupa no plantea la reforma del orden político sino que plantea la ruptura directa con las estructuras del sistema. No busca luchas sectoriales (vivienda, juventud...) sino una lucha contra *el todo*. No se trata, pues, de un movimiento revolucionario de corte clásico que pretenda cambiar *un todo* para instaurar otro, sino que lucha contra la misma idea del *todo*¹³⁶⁰.

¹³⁵⁸ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “No creo que se piense que por el método generalizado de ocupar viviendas [sería más correcto decir okupar si establecemos la distinción entre okupar y ocupar] se va a resolver el problema de la especulación inmobiliaria. *No creo que se trate sobre todo de necesidades de vivienda*, como las que podrían tener familias de recursos muy precarios de nuestras periferias o de los de países empobrecidos. *Se trata de "otras necesidades"* de personas que quieren vivir autónomamente, construyendo sus propias reglas del juego...”. VILLASANTE, T.R.: << Pan-topías para okupas >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Pág., 15.

¹³⁵⁹ GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Págs., 188-189.

¹³⁶⁰ GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Pág., 216. “Alejados ya de la revolución proletaria contra la burguesía (conflicto bipolar), tras el Mayo del 68 (y caído el muro de Berlín en 1989) algunos autores... constatan el progresivo declive del movimiento obrero o sindical y la existencia de una difusa “Área Alternativa” emergente, en donde cabe hablar de la génesis de una compleja y cambiante red asociativa. En paralelo al progresivo descreimiento sobre la capacidad de emancipación social o cambio político de la izquierda, crece una especialización sectorial (intereses) y temática (multiconflicto). En esta euforia “neomovimentista” se habla entonces del movimiento ecologista (ALTE), del pacifista y

“Sería [el Movimiento Okupa] un movimiento general de lucha contra el Estado, y por unas ideas libertarias...”¹³⁶¹.

A modo de decálogo okupa, leemos:

A) Creación de nuevas relaciones sociales

“Una casa okupada es un grito luchador y digno contra el sistema económico salvaje imperante hoy en día. Además de ejercer un control sobre nuestras vidas, esta economía globalizada nos obliga a destinar un porcentaje muy alto de nuestros ingresos al pago de la vivienda, pese a que el derecho a la vivienda, y a una vida digna son ineludibles. La okupación es una herramienta para mostrar nuestra inconformidad con la lógica capitalista y para cambiar nuestras vidas, rompiendo con la lógica mercantilista y colmando nuestras propias necesidades. Es una actitud para romper con la dialéctica imperante entre la oferta y la demanda y el intercambio monetario, y para alejarse de los espacios del chantaje económico; en definitiva, para crear unas nuevas relaciones sociales”¹³⁶².

antimilitarista (ALTP), del movimiento feminista o de la mujer (ALTF), del de solidaridad (ALTS), del contracultural (ALTC), del de nueva conciencia o neo religioso (ALTN), del homosexual o gay (ALTH) y finalmente del radical o autónomo (ALTR). Dentro de este último ámbito, y ocupando un espacio clave, situaremos, ... al movimiento okupa”. ADELL ARGILÉS, R.: << Mani-fiesta-acción: La contestación okupa en la calle (Madrid, 1985-2002) >>... *Op. cit.*, Pág., 91.

¹³⁶¹ Así se autodefinen dos okupas en una entrevista celebrada el día 27 de octubre de 1998 en Madrid, y transcrita en la obra de NAVARRETE MORENO, L.: *La autopercepción de los jóvenes okupas en España*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Juventud, 1ª edición. Madrid, 1992: “Yo es que por ejemplo, como Movimiento Okupa no, que no lo separo, no creo que sea una cosa, por lo menos para mí, que se pueda separar, sería movimiento, pues..., no sé, sería un *movimiento general de lucha contra el Estado, y por unas ideas libertarias...* y entre ello pues: lo que es la insumisión, la okupación... no separo lo que es la okupación de los demás temas”. NAVARRETE MORENO, L.: *La autopercepción de los jóvenes okupas en España*. ... *Op. cit.*, Pág., 12.

¹³⁶² <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “La manifestación más visible del movimiento es la okupación de edificios abandonados para ponerlos de nuevo en operación con dos objetivos: ser un hogar para quien carece de los medios económicos para alquilar o comprarlo y, al mismo tiempo, abrirlos a la población en general como “centros sociales” donde se desarrollan, a manera de teatro medieval, las más variadas actividades culturales y lúdicas. Pero también se llevan a cabo debates públicos, discusiones sobre temas sociales como el paro, el conflicto de Chiapas, etc. Estos espacios que, en principio, fortalecen la organización con logros inmediatos, funcionan como trincheras, a partir de las cuales se impulsa una vocación internacionalista; es decir, aunque las luchas cotidianas se desarrollan frente a interlocutores tangibles, no se deja de pensar en la sociedad global. En este sentido, cabría mencionar que el movimiento okupa español ha tejido una red de conexión mediante diversos medios, entre ellos Internet... en los que los okupas españoles mantienen contacto tanto con sus homólogos en el Reino Unido, Holanda, Alemania y Austria como con movimientos internacionales como el zapatista de

B) Reescritura de la historia

“Un espacio okupado es un instrumento para recordar y reescribir la historia. La okupación ha sido utilizada históricamente en todo el mundo para reafirmar nuestras vidas ante las injusticias: los campesinos, a lo largo y ancho del mundo, han utilizado las ocupaciones para hacer frente al despojo de sus tierras; en la década de los 70, las comisiones de fiestas y agrupaciones vecinales comenzaron con la okupación de casas; también el movimiento obrero ha recurrido a la actitud insumisa de hacerse con las herramientas de trabajo para paralizar la producción...”¹³⁶³.

México”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >>... *Op. cit.*, Pág., 93. “La crítica al sistema económico. Esta reivindicación se encuentra muy en relación con las políticas urbanas, ya que los campos de actuación okupas en este sentido se dirigen a los problemas que genera la economía de mercado y la globalización económica. En este sentido, las críticas se dirigen a la mercantilización de la vivienda..., pero también hacia los intereses del capital transnacional y a la permisividad de los gobiernos a la hora de facilitar que éste satisfaga sus intereses. De ahí nacen ciertas relaciones con el sindicalismo y el anarquismo, fundamentalmente con la Confederación Nacional de Trabajadores (CNT), un partido o sindicato de la mayor transcendencia en la política del país a principios de siglo, pero muy debilitado en la actualidad. Sus lazos con el anarquismo, que este partido representa, están muy claros por lo que respecta al ya mencionado afán de libertad y crítica de la legitimidad de las instituciones para imponer una forma de vida ciudadana. De ahí los numerosos eslóganes, banderas, cartelería, etc., que es posible hallar en las casas okupas”. MOLINA RECIO, R., CEJUDO CÓRDOBA, R., GAVILÁN SÁNCHEZ, J.A., LÓPEZ RUIZ, Mª DE LOS A., MIALDEA BAENA, A.: << En los márgenes de la ciudad transitada: el movimiento “Okupa” como disidencia social >> en *Ámbitos. Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades de Córdoba* Número 4.- La Ciudad y sus ciudadanos. Año, 2000. Pág., 102.

¹³⁶³ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “Más allá de la ocupación de edificios con el fin de promover "centros sociales", su planteamiento más amplio, paralelo a estos actos evidentes, es el de liberar espacios del sistema dominante”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >>... *Op. cit.*, Pág., 93. “La red de okupación ha sido un revulsivo para que alguna gente desencantada con la transición vuelva a la lucha política”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Pág., 205. “Las posibilidades de cambio que se producen con la denominada "acción colectiva contenciosa". Con este nombre se indica la acción colectiva que es utilizada por gente que no dispone de un acceso regular a las instituciones, que actúa en nombre de reivindicaciones nuevas o no aceptadas y que desafía a las autoridades o a otros grupos con tal acción. Una de ellas es la desobediencia civil, incorporada contemporáneamente al "repertorio de acción colectiva" por la práctica totalidad de los movimientos sociales de finales de siglo. De este modo, en la actualidad, una parte importante de l@s jóvenes saben que frente a una situación considerada injusta es perfectamente legítimo oponerse desobedeciéndola. Aún más, cuando parece que la desobediencia civil ha estado siendo una forma óptima para cambiar y transformar determinados aspectos de la sociedad. Retrocediendo unos años, el movimiento antimilitarista ha conseguido uno de sus objetivos (la supresión del servicio militar obligatorio) con la desobediencia. O más atrás en el tiempo, las primeras huelgas "ilegales" del movimiento obrero fueron también formas de desobediencia. La expresión histórica parece indicar que una forma productiva de transformar una ley injusta es, justamente, desobedeciéndola”. HERREROS I SALA, T.: << El movimiento okupa a finales del siglo XX >> en *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa*. VV.AA. (Título original: “Okupacio, repressió i moviments socials”. Traducido por Sonia G., Max). Ed. Traficantes de sueños, 1ª edición en castellano. Barcelona, 2000. Págs., 20-21. “Entre la desobediencia civil y la acción militante... Mientras que en la desobediencia civil se infringe la ley

C) Herramienta para la lucha

“Una casa okupada, además de abrir un espacio para la lucha, es una herramienta para poner en evidencia y superar las contradicciones que hoy en día tiene el sistema económico, golpeando la lógica irracional de la propiedad privada, poniendo en práctica la propiedad colectiva, levantando los pilares de una sociedad basada en una propiedad pública”¹³⁶⁴.

pero dentro del respeto a la legalidad vigente, la acción militante expresa una oposición mucho más fuerte al sistema político. Ambas formas de actuación son conscientes, pero mientras que el desobediente civil apela a los principios morales y jurídicos constitucionales, el militante no recurre al sentido de justicia de la mayoría. Más bien al contrario, con sus actos de provocación o resistencia intenta mostrar a los demás que sus convicciones están equivocadas. Por esto mismo la acción militante no siempre es pacífica y, otra diferencia con la desobediencia civil, trata de sustraerse a posibles sanciones puesto que no cree en la justicia del sistema legal. Su finalidad es preparar el camino para la revolución, para el cambio de todas las leyes, y no denunciar la ilegitimidad de una ley... Está claro que la ocupación de un inmueble es un acto ilegal, concretamente contrario a las leyes penales. Como los activistas, los okupas piensan que todo el sistema sociopolítico es opresor, y que las instituciones, responden a los intereses de los poderosos... La okupación también comparte con esa forma de protesta [desobediencia civil] el tratarse de una acción consciente y pacífica. Pero también hay que decir que no es infrecuente la violencia en los desalojos. Esto se explica por lo que no tiene en común con la desobediencia civil y sí con la acción militante. Puesto que su finalidad no sólo es llamar públicamente la atención mediante la infracción de una ley, sino apropiarse de un inmueble, la violencia para defenderlo no está totalmente fuera de lugar”. Págs., 105-106. MOLINA RECIO, R., CEJUDO CÓRDOBA, R., GAVILÁN SÁNCHEZ, J.A., LÓPEZ RUIZ, M^a DE LOS A., MIALDEA BAENA, A.: << En los márgenes de la ciudad transitada: el movimiento “Okupa” como disidencia social >>... *Op. cit.*, Págs., 105-106. En relación a la desobediencia civil y okupación, *Vid.*, HERRANZ CASTILLO, R.: << Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda >> en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 435, BIB 2000\362. Editorial Aranzadi, S.A.

¹³⁶⁴ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “Los okupas rechazan la jerarquización y la estructura tradicional vertical de las organizaciones cívicas, propugnando una estructura asamblearia, autogestionada y autónoma. Asimismo, reivindican, su autonomía excluyendo de forma explícita cualquier vínculo con las diversas instituciones estatales, partidos políticos y sindicatos. Lo que es una muestra más del cambio de los esquemas tradicionales de *lucha*, que rompe con las grandes estructuras corporativistas, para trasladar el eje de acción al sujeto”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >>... *Op. cit.*, Págs., 92-93. “En cuanto a la acción en el escenario urbano los actores del movimiento MO (movimiento pro okupación) reivindican la pública ocupación de espacios físicos urbanos (calles y plazas). La “soberanía popular” se expresa “temporalmente” y simbólicamente en el propio centro del poder (edificios y estatuas emblemáticas). El escenario es entonces la calle (las vías de tránsito público), amplia superficie “de todos”, espacio natural de la ciudadanía (asfalto, adoquines, aceras, parques), limitado, a su vez, por barreras urbanas (muros de edificios colindantes, propiedades privadas y públicas, mobiliario urbano, vehículos, cámaras de video-vigilancia, etc.). ADELL ARGILÉS, R.: << Mani-fiesta-acción: La contestación okupa en la calle (Madrid, 1985-2002) >>... *Op. cit.*, Pág., 92. “La primera mani-fiesta-acción se convocó el 23 de marzo de 1998, con el lema “Toma la calle, okupa el espacio”... Sin solicitud formal e ilegalizada expresamente un día antes... Ya más recientemente... el repertorio transmuta en la llamada deriva-acción.... La alegalidad y la sorpresa son sus claves”. ADELL ARGILÉS, R.: ... *Op. cit.*, Pág., 97. “Según nuestro estudio, el ambiente en que transcurren las manifestaciones es muy desigual... en el 29,4 por ciento con algún incidente leve o importante, y en el 2,4 por ciento de los casos con graves violencias”. ADELL ARGILÉS, R.: ... *Op. cit.*, Pág., 100.

D) *Espacio para la subversión*

“Una casa okupada se levanta contra la política capitalista de privatización de derechos. La fuerza de la okupación crea espacios para subvertir la situación de opresión. De hecho, pone en entredicho una política de vivienda construida para favorecer a unos pocos, al tiempo que desgasta a los partidos regionalistas y estatistas en el poder”¹³⁶⁵.

¹³⁶⁵ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “En estos “espacios liberados” [del sistema dominante] se construyen tiempos y espacios distintos a los de la sociedad más amplia; las discontinuidades entre el tiempo y el espacio laborable y de ocio, el rescate del espectáculo circense como expresión cultural; la mezcla entre ocio y compromiso, la misma comunicación con diferentes latitudes del planeta, así como la creación de lugares con sus propias normas y valores, son una forma de cómo se generan estos espacios y tiempos que rompen con los establecidos”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >>... *Op. cit.*, Pág., 93. “Aunque las protestas están enfocadas hacia los Ayuntamientos y el poder judicial, el blanco en el cual descargan toda su ira y agresividad es la policía... Por la actitud adoptada por los okupas, las manifestaciones pueden calificarse en violentas o pacíficas. *Manifestaciones pacíficas*... Sus protestas reivindicativas se realizan por medio de pancartas, insultos, gritos, consignas, eslóganes, encadenamientos, sentadas, etc., así como la realización de varios tipos de pintadas sobre el mobiliario urbano, sin observarse antes, durante y después de la manifestación ningún incidente que requiera una intervención policial... *Manifestaciones violentas*... Llamadas en el argot okupa como Jornadas Libertarias han sido calificadas por algunos especialistas en el tratamiento y estudio de las tribus urbanas como una *kale borroka itinerante*... Son un conjunto de acciones de contrainsurgencia bien interrelacionadas y solapadas entre sí, y cuyo único objetivo es ocasionar el mayor daño posible tanto físico, psíquico, político y social a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado... Los mecanismos de actuación y reglas de comportamiento de los okupas en las manifestaciones violentas responden a planteamientos de tipo militar y más concretamente... a las técnicas de *contrainsurgencia*”. MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres*... *Op. cit.*, Págs., 101-102. *Vid.*, VV.AA.: *Manual delincuencia urbana. Tribus urbanas*. Ed. Publipex Libros Digitales. Humanes de Madrid, 2008. “El movimiento okupa inquieta a las fuerzas de seguridad del Estado, quienes están convencidas que los disturbios ocurridos en Barcelona el día 12 tienen estrecha relación con la lucha callejera vasca o “*kale borroka*”. En este sentido, informes confidenciales del Ministerio del Interior refieren con datos muy precisos la existencia de más de veinte reuniones en Cataluña entre miembros de colectivos radicales y militantes de Jarrai que habrían enseñado métodos de guerrilla urbana a integrantes de estos grupos. Igualmente, las fuerzas de seguridad del Estado están persuadidas de que los mencionados métodos fueron los aplicados para enfrentarse a la policía en el barrio de Sants el día de la Hispanidad. Estas convicciones se sostienen por una parte en la constatación policial de las citadas reuniones y por otra en el material intervenido anteriormente a algunos detenidos en Cataluña, quienes tenían en su poder manuales sobre violencia callejera editados por abertzales. Para Interior, la gran preocupación que causa este fenómeno no estriba tanto en las algaradas callejeras, sino en que estos colectivos puedan ser infiltrados por actuales o futuras organizaciones terroristas, que en contrarían en su seno un adecuado caldo de cultivo para desarrollarse o al menos para apoyarse en ellas”. MARTÍN DE POZUELO, E., Y TARÍN, S.: << Los miedos que se desataron en Sants >> en *Revista del Domingo. La Vanguardia* 6. Domingo 17 de octubre de 1999. Pág., 6. En relación con las ADN (Acción Directa No violenta), *Vid.*, ASAMBLEA ANTIMILITARISTA DE MADRID. GRUPO ANTIMILITARISTA DE CARABANCHEL.: *Cómo realizar una Acción Directa No violenta y no sucumbir en el intento (Guía teórico-práctica)*. Ed. Lamalatesta, 2ª edición. Madrid, 2011; COLECTIVO UTOPIA CONTAGIOSA.: *Manual de Acción Directa No violenta*. Ed. Bajo Cero, 1ª edición. Madrid, 2003.

E) Reacción frente a la usura bancaria

“Nos obligan a tod@s a ser propietarios@s, pagando a los bancos durante 40 años. De ese modo, nos convierten en esclav@s de la hipoteca, condenad@s a vivir atemorizad@s bajo la permanente amenaza de perder nuestro puesto de trabajo. Por eso ponemos la propiedad privada por encima de las necesidades sociales, hasta finalizar por vender nuestras propias vidas”¹³⁶⁶.

F) Instrumento para cambios sociales y políticos

“Hay que alimentar permanentemente el arma teórica de la okupación. Sólo con esta arma en la mano es que el pueblo logrará los cambios sociales y políticos, es decir, cuando la teoría se aplique en la práctica y la práctica se sitúe bajo la dirección de una teoría revolucionaria. La teoría y la práctica se abren paso mutuamente y cada momento histórico debe construir sus planteamientos específicos”¹³⁶⁷.

G) Camino para el triunfo político

“Por tanto, vemos imprescindible liberar el potencial provocador y constructivo de la okupación. Es imprescindible crear el mayor número de contradicciones posible entre los cerdos que se enriquecen con la negación de nuestros derechos, para hacer frente al modelo mercantilista de vivienda imperante hoy en día. Frente a este modelo basado en la opresión, forjaremos nuestro modelo alternativo. Y demostraremos que es posible poner en práctica este modelo para situar a sectores sociales cada vez más amplios en el ámbito de la okupación. No en vano es toda la sociedad la que sufre la negación del derecho a vivienda, por lo que es imprescindible que la respuesta sea colectiva: ganando en la correlación de fuerzas, situando sectores sociales amplios en sintonía con nuestro planteamiento. De ese modo, lograremos una cada vez mejor

¹³⁶⁶ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “Se trata más de una actitud que de una ideología, que rechaza el sistema económico que promueve el consumismo y al mismo tiempo los excluye del mercado laboral”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >>... *Op. cit.*, Pág., 93.

¹³⁶⁷ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “La ocupación contiene en sí misma una filosofía que va más allá del reclamo del derecho a la vivienda”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >>... *Op. cit.*, Pág., 93.

correlación de fuerzas frente al capital, porque sólo por el camino de la presión llegará el escenario político que garantice nuestros derechos”¹³⁶⁸.

H) Creación de debate social

“Por tanto, utilizaremos la okupación para cortar de raíz con los estériles debates públicos que hoy en día plantean los pseudos-periodistas y para situar las claves del debate en los parámetros de las necesidades sociales. Por eso los medios de comunicación contruidos para desinformar y favorecer a la burguesía, además de distorsionar la realidad y defender todos los días las políticas represivas, han puesto a la okupación en el punto de mira. Ya basta. Construiremos un nuevo planteamiento para situar el debate en los parámetros que nosotr@s mism@s queremos: en la perspectiva de una ofensiva de la okupación”¹³⁶⁹.

¹³⁶⁸ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “Las actuaciones del movimiento okupa se han ido diversificando con la intención de tener una presencia cada vez más amplia a nivel general. Para ello ha realizado actuaciones públicas que no han tenido que ver directamente con la ocupación y desalojo de inmuebles. Por ejemplo, cuando en marzo de 1998 entraron en el Parlamento catalán, cuando en julio del mismo año ocuparon simbólicamente la plaza de Cataluña, o bien a raíz de su participación en el carnaval de Barcelona. Lo importante de estas representaciones públicas es que expresan, a manera de dramas sociales, los conflictos”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >>... *Op. cit.*, Pág., 94.

¹³⁶⁹ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “La estrategia enmarcadora de los poderes públicos contra el movimiento, que se basa en presentarlo ante la opinión pública banalizando y criminalizándolo, para garantizar así suficiente legitimidad social para reprimirlo. La secuencia enmarcadora del poder suele seguir, más o menos, el siguiente esquema. Primero se presenta a los okupas como una tribu urbana, fuertemente identitaria y con proceder "extraño y sospechoso". Después se vincula al movimiento con hechos de violencia política, y posteriormente se lanza una ofensiva de desalojos y detenciones. Todo ello con el apoyo de los medios de comunicación de masas, que encuentran en la temática okupa una fuente de informaciones sensacionalistas y alarmistas para vender en el mercado comunicativo de esta sociedad del espectáculo”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Págs., 212-213. “Parece obvia una coincidencia histórica y un solapamiento cronológico parcial del movimiento de okupación en España (desde principios de los años 80) y el *boom* de las redes telemáticas (desde principios-mediados de los años 90). Más allá de una explicación totalmente causal en la que uno determina al otro, parece que el azar colocó a ambos elementos en el mismo escenario histórico... La coincidencia de ambos ciclos (uno de protesta y otro comunicativo/tecnológico) ha permitido el intercambio y la confluencia mutua hasta mimetizar ambos fenómenos. El encuentro es accidental pero el "matrimonio" entre ellos ha funcionado y la alimentación recíproca ha existido”. SÁDABA RODRÍGUEZ, I., Y ROIG DOMÍNGUEZ, G.: << El movimiento de okupación ante las nuevas tecnologías: okupas en las redes >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Pág., 270. “La contrainformación en Internet... los principales usos y utilidades de... webs... pueden resumirse o sintetizarse en los siguientes bloques... a) *Propaganda*: entendida como forma de expresar demandas, ideas, propuestas y discursos donde se clarifican y exponen las razones de los diversos centros okupados. Obviamente, se mantiene siempre la perspectiva propia del movimiento o de la casa, intentando apuntalar la legitimidad política para la reapropiación de ese espacio. Dicha manifestación pública de opciones políticas es lo que permite fijar y forjar, también, la identidad política y las propuestas programáticas del movimiento. b) *Espacios dedicados a la discusión/intercambio*: son espacios telemáticos para participar e intercambiar

información entre diversos grupos que formen parte del movimiento. Este "asamblarismo virtual", al margen de toda mediación institucional o exterior, permite mantener actualizado y vivo el movimiento, facilitando formas de democracia participativa en lugares de reunión inmateriales. Son una suerte de foros virtuales, lugares de "conversación electrónica" o arenas de deliberación colectiva orientados hacia el interior del movimiento, hacia la construcción de la estructura interna de coordinación y organización... Facilitan que personas dispersas de regiones distintas estén al corriente de sus respectivas actividades, superando grandes divisiones geográficas. c) *Convocatorias*: en este caso lo que se difunde y presenta son todo el conjunto de actividades públicas en general que se pueden realizar en un centro social okupado. Debido a la falta de canales informativos estables y del poco acceso a los medios oficiales e institucionales, se opta por publicar en web todo anuncio o llamada como estrategia de visibilización de lo ocurrido o lo que se va a realizar... d) *Desalojos y respuestas a la represión*: en este caso la utilización del medio electrónico se focaliza en responder o reaccionar contra las dinámicas represivas de las instituciones ante dicha okupación (desalojos, amenazas, juicios, actuaciones policiales, redadas, acosos, montajes, detenciones, sentencias y recursos, etc.)". SÁDABA RODRÍGUEZ, I., Y ROIG DOMÍNGUEZ, G.: << El movimiento de okupación ante las nuevas tecnologías: okupas en las redes >>... *Op. cit.*, Págs., 272-275. "A modo de sugerencia podríamos intuir una continuidad o duplicidad de los sujetos de la acción colectiva, un trasvase o pluri-militancia entre los sectores más centrados en la okupación y los más involucrados en la extensión de las redes telemáticas por los movimientos sociales. Muchos movimientos se solapan, pisan o intercalan compartiendo militantes y activistas. Nos referimos al engarce que existe, a veces, entre diversas demandas y resistencias y que, en este caso, se expresa en una singular correspondencia o complicidad entre algunas casas okupadas y ciertas posturas políticas sobre el uso de Internet. Se pasa del edificio o del barrio como unidad de acción al espacio comunicativo y virtual como trampolín para la misma. Okupas, en uno, y *Hackers* (Recordemos que aquí el término no tiene ninguna connotación delictiva o maliciosa -reservada para los crackers-), en otro, mantienen una estrecha y peculiar relación. Ambos pueden leerse como figuras sociales con cierto parecido, como tipos en los "márgenes del sistema", sujetos rebeldes que comparten su lucha contra la propiedad privada del suelo (y la especulación) o contra la propiedad privada de la información o los modelos hegemónicos de propiedad intelectual (y la manipulación o la monopolización). En definitiva, son resistencias sociales que se oponen a los monopolios de propiedad o a la comercialización del mundo y que pasarían de la reapropiación de los espacios inmobiliarios a la reapropiación de los espacios virtuales y comunicativos. Des-mercantilizar las áreas urbanas o los espacios tecnológicos y expresivos pueden ser vistas como actividades complementarias. Ambas realizan una inversión de valores de cambio (precio del suelo, precio de la información y del *Software*) por valores de uso (habitar y dotar de actividades a ese suelo; utilizar, compartir y difundir esa información). Uno y otro encuentran incoherente la existencia de espacios vacíos (sin habitar, sin utilizar, sin comunicar) y la lógica apropiativa e individualista de los mismos, oponiéndole un discurso de la "cooperación social"... patente en centros sociales o en fenómenos como el *Software Libre* y el sistema operativo GNU/Linux. El suelo es de quien lo habita y la información es libre para su intercambio. Hay que recuperar ambas cosas, hacerse con esos espacios de socialización (tanto real como virtual). El cuestionamiento que desde el movimiento de okupación se hace sobre los conceptos de propiedad y de trabajo, tiene su correlato en el terreno de la producción inmaterial (producción de conocimiento o, más concretamente, programación de *Software*) en el movimiento *hacker*: hacktivistas y militantes políticos acaban cuestionando las relaciones de poder y propiedad que atraviesan todos los niveles de la vida en un sistema reorganizado sobre la base de la mercantilización y privatización del mundo, material o no, ambos reales, al fin y al cabo. La filosofía de un movimiento que nace ligado al mundo del *Software* y al desarrollo de las redes choca desde un primer momento, igual que el movimiento de okupación, con dos dinámicas: la del Estado que impone su necesidad de regularizar el nuevo fenómeno (todo nuevo fenómeno) y la del mercado que pretende hacer valer en el terreno de la creatividad y la investigación científica sus principios de propiedad y su pulsión mercantilizadora de todo nuevo ámbito de producción. Esta relación íntima también se ha expresado en la práctica en España en diversos encuentros de *Hackers*. Los famosos *Hackmeetings* (el termino se recoge de los encuentros que los hackers de Italia vienen haciendo anualmente en diversos centros sociales ocupados de ese país desde 1998) se han realizado invariablemente durante tres años consecutivos en casas y centros sociales ocupados. Esas tres grandes reuniones del sector "politizado" del "mundo hacker" y del "*Software Libre*" español han estado repetidamente unidas al mundo okupa y a los espacios autogestionados. Las tres versiones pueden encontrarse en: <http://www.sindominio.net/hmbcn00/>, <http://www.sindominio.net/hmleioa01/>, y <http://www.sindominio.net/hackmeeting/>. En octubre del 2000 se reúne en Barcelona, y por primera vez en nuestro Estado, un colectivo amplio y heterogéneo de activistas y hackers en lo que se conoce como el primer *Hackmeeting* del Estado Español. Los vasos comunicantes entre el mundo de los centros sociales y la nueva cultura hacker son evidentes. Se

1) Creación de nuevas condiciones sociales

“La okupación necesita de un planteamiento aglutinador. Esta práctica política necesita de un proyecto político. Eso generará las condiciones sociales idóneas para intensificar la okupación... y para aglutinar a la ciudadanía que impulsa esas ocupaciones, liberándoles de la impotencia y el consiguiente odio existente entre la ciudadanía”¹³⁷⁰.

comparten repertorios de acción, posturas y prejuicios. Un año más tarde, entre el 21 y el 23 de septiembre, se celebra el segundo Hackmeeting, esta vez en la *Gaztete* de Leioa, en el que el debate y las iniciativas se balancean desde las ponencias y talleres eminentemente técnicos a sesudas reflexiones teóricas sobre la técnica, el poder y la autoorganización. Se marcha cada vez más decididamente en la senda del hacktivismo, como práctica de intervención técnico-política sobre el conjunto de problemáticas derivadas de la conflictividad social. El tercer... encuentro, se organiza en Madrid, entre el 3 y el 5 de octubre de 2003 en el Centro Social Ocupado El Laboratorio 0.3”. SÁDABA RODRÍGUEZ, I., Y ROIG DOMÍNGUEZ, G.: << El movimiento de okupación ante las nuevas tecnologías: okupas en las redes >>... *Op. cit.*, Págs., 276-278.

¹³⁷⁰ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “El 16 de septiembre [de 1996] la policía intenta desalojar la Hamsa [CSOA del barrio de Sants]. Unas 400 personas se concentran ante la Hamsa impidiendo el desalojo. Con la resistencia de la Hamsa se comprueba que no sólo se puede desobedecer la ley mediante la okupación, sino que también se puede impedir la aplicación de la misma si se cuenta con suficiente apoyo social. En la línea de buscar el máximo apoyo social al movimiento se produce el primer acto multitudinario y de tipo festivo entorno a la okupación. La maratón de espectáculos contra el desalojo del cine Princesa cuenta con un cartel muy popular, con artistas como Luís Llach o la Fura dels Baus”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >>... *Op. cit.*, Pág., 196. “El principal ejemplo de impacto en la dimensión operativa es el del CSO Torreblanca, en el municipio barcelonés de Sant Cugat del Vallés. Se trata de una masía (cas rural) okupada por jóvenes del pueblo en marzo de 1999 y que después de dos años de funcionamiento autogestionado y resistir dos intentos de desalojo ha dado paso a un singular acuerdo entre okupas y Ayuntamiento, según el cual la casa pasará a ser un Local de Jóvenes gestionado directamente por una Asamblea Local de Jóvenes con participación de todo tipo de colectivos juveniles (incluso un sector de los antiguos okupantes). En el acuerdo firmado en el verano de 2001, incluye una inversión por parte del Ayuntamiento mediante fondos europeos y un taller ocupacional con el objetivo de rehabilitar esta vieja casa (que había sido declarada patrimonio histórico) y mejorar sus equipamientos”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: ... *Op. cit.*, Pág., 208. “En temas antirrepresivos... el movimiento suele aparecer respaldado por todo tipo de colectivos políticos (antiglobalización, antimilitaristas, de solidaridad internacional, vecinales, etc.), profesionales (Colegio de Abogados), y en momentos puntuales, por asociaciones progresistas de jueces y fiscales, y partidos políticos parlamentarios como ERC, IC-V, IU, o HB. Es decir, en determinados contextos el movimiento es capaz de crear coaliciones promotoras críticas... estas coaliciones se han quedado siempre a la izquierda del PSOE”. GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.: ... *Op. cit.*, Pág., 213. El rector de la Universidad Complutense, Rafael Puyol, permitió en marzo de 1997 a un grupo de estudiantes que plantó una docena de tiendas de campaña en la plaza de Ramón y Cajal, en solidaridad con los okupas desalojados de un edificio abandonado en La Guindalera (Barrio de Salamanca, Madrid), que acampasen, manifestado: “No tengo inconveniente en que, siempre y cuando todo transcurra con normalidad, se celebre esta protesta. Ahora bien, los alumnos deben respetar el entorno. Yo estoy dispuesto a dialogar con ellos y que me expongan sus problemas”. ÁLVAREZ, P.: << La Complutense permite la acampada “okupa” hasta el jueves >> en *El País*. Edición Madrid, 19 de marzo de 1997. http://elpais.com/diario/1997/03/19/madrid/858774277_850215.html

J) Herramienta de confrontación

“La okupación debe ser una herramienta de confrontación eficiente, ya que a través de nuestra práctica iremos creando el modelo de organización de la sociedad que garantice nuestros derechos. Llevar nuestros planteamientos a la práctica tendrá costes políticos: el pueblo responderá con la capacidad de gestionar sus derechos a una política cimentada en las injusticias. Ganando nuevos espacios, pondremos en evidencia sus políticas regresivas, ya que es la falta de voluntad política la razón de que se mantengan esas políticas”¹³⁷¹.

1.2.- Ocupación: problema económico, no ideológico

El fenómeno de las ocupaciones de bienes inmuebles siempre ha existido, aunque no con la virulencia que presenta desde la década de los años 1980.

Así, el hecho de que familias o personas sin recursos hayan ocupado inmuebles es un hecho muy antiguo y el Código Civil de 1889 y la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil ya lo preveían, no sólo protegiendo al propietario, sino también al ocupante, que podía llegar a adquirir la propiedad del bien inmueble por el transcurso del tiempo, incluso si no tenía buena fe ni justo título.

Un ejemplo de ocupaciones antes del nacimiento del movimiento "okupa" lo encontramos a mediados del siglo XX, cuando en España se produjo el éxodo del campo a la ciudad, con la consiguiente falta de vivienda urbana suficiente o de medios económicos para conseguirla¹³⁷².

¹³⁷¹ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es>. “El movimiento okupa se instala en el presente; estos y estas jóvenes quieren los cambios aquí y ahora. Sus proyectos de futuro tienen que ver, más que con sistemas claramente estructurados, con imaginarios de una sociedad anhelada que representan una determinante definición ética: ética de las relaciones con la naturaleza, de las relaciones entre los géneros, de la relación con el cuerpo, de las relaciones entre los individuos. De esta manera, para los okupas, la utopía no es un lugar lejano en el mapa, está en los barrios urbanos”. PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.: << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >>... *Op. cit.*, Pág., 95.

¹³⁷² GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español...* *Op. cit.*, Pág., 1.

1.2.1.- PERSONAS SIN HOGAR

El sinhogarismo (*homelessness*) no es un mal de nuestros días, existe desde el principio de los tiempos¹³⁷³.

Se puede definir a personas sin hogar como “aquellas que no pueden acceder o conservar un alojamiento adecuado, permanente y que proporcione un marco estable de convivencia, ya sea por razones económicas u otras barreras sociales, o bien porque presentan dificultades personales para llevar una vida autónoma”¹³⁷⁴.

Siguiendo al Profesor CABRERA “el sinhogarismo en su forma más grave, sería el de quienes viven literalmente a la intemperie, sin techo y por tanto carecen de un lugar físico donde residir, no disponen de un espacio para la privacidad y las relaciones sociales, ni un espacio para sí mismo; a esta situación extrema le seguiría en orden de gravedad el caso de quienes se encuentran temporalmente alojados en albergues con un período de estancia determinado de antemano, de forma puntual o permanente; finalmente, otras modalidades más suaves o mitigadas del problema, sería el caso de

¹³⁷³ “[Existe] abundante terminología usada para designar a las personas que habitan las calles de las ciudades en situación de pobreza y exclusión social extrema. Se usan los términos de *mendigos*, por vivir de la mendicidad, *vagabundos*, por no tener residencia fija, *transeúntes*, por vivir de paso entre ciudades con el pretexto de buscar trabajo, *indigentes*, por su situación de carencias materiales, *sin techo*, que es el término más aceptado universalmente y hace referencia a la carencia de vivienda, y *sin hogar*, que es el término más usado en España y que podría ser el término más exacto..., pues la carencia de vivienda generalmente va acompañada de otras carencias, tales como la carencia afectiva, económico-laboral y social; además de soledad, abatimiento y exclusión social. En definitiva, se trata de describir una situación de pobreza total, que estaría reflejada por los términos *sin hogar o sin techo*”. CORDERO DEL CASTILLO, P.: << Los “sin techo” en España >> en *Humanismo y Trabajo Social*. Nº 6. Año 2007. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Universidad de León. Pág., 56.

¹³⁷⁴ VALEDOR DO POBO DE GALICIA.: *Las personas sin hogar en Galicia*. Septiembre, 2010. Pág. 4. Entre las causas que lo originan, CORDERO DEL CASTILLO cita tres: “Tratando de buscar las causas por las que las personas sin hogar han acabado en la calle, se suelen citar como principales los problemas familiares, laborales y sociales. 1.- *Problemas familiares*. Las mismas personas sin hogar suelen citar como desencadenante de su situación actual la procedencia de una familia desestructurada o el fracaso de la propia familia con separación o divorcio, la muerte de algún familiar, alguna experiencia traumática en la infancia o de mayor. Esta parece ser la causa principal de que muchos de los sin hogar hayan terminado en la calle. 2.- *Problemas laborales*. La falta de un empleo fijo que les proporcione una estabilidad económica, la pérdida del trabajo y de ingresos económicos a una determinada edad, que les dificulta la adquisición de un nuevo trabajo, o el trabajo temporero y mal pagado, parece ser el desencadenante que ha obligado a muchas personas sin hogar a dejar la vivienda y salir a la calle. 3.- *Problemas sociales o de integración*. Las personas sin familia y sin trabajo pueden perder sus amigos, sus relaciones sociales; pueden sentirse y ser de hecho excluidos del entramado social. Esta exclusión social suele venir acompañada y reforzada por otros muchos problemas, como las enfermedades mentales, la adicción a drogas, la inmigración ilegal y la trata de blancas”. CORDERO DEL CASTILLO, P.: << Los “sin techo” en España >>... *Op. cit.*, Pág., 67.

quienes participan en programas de alojamiento alternativo con estancias de duración indeterminada, quienes están alojados temporalmente por amigos o familiares, quienes viven en chabolas, en edificios ocupados, en condiciones de hacinamiento extremo, etc.”¹³⁷⁵.

Conviene aclarar que cuando empleamos el término “persona sin hogar”, lo hacemos en sentido estricto, para referirnos a personas que están excluidas del mercado laboral o con trabajo en precario: personas pobres o muy pobres que no disponen de medios económicos o estos son insuficientes o irregulares (limosnas, trabajos ocasionales, ayudas, venta ambulante...), que no les permiten vivir en un alojamiento con la estabilidad necesaria; personas con escasas habilidades, mínima autoestima y casi nula creencia en sí mismos.

En estos casos podría decirse que la conducta de la ocupación de un bien inmueble responde a una necesidad material (búsqueda de vivienda), es un fin en sí mismo, y está desnaturalizada de toda motivación ideológica y política. No se trata de ningún medio de lucha contra el orden jurídico, social y económico establecido¹³⁷⁶.

¹³⁷⁵ CABRERA CABRERA, P.J.: << La acción social con personas sin hogar en la España del siglo XXI. Avances y retos en la última década >> en *Exclusión social en España: Un espacio diverso y disperso en intensa transformación*. LAPARRA NAVARRO, M., Y PÉREZ ERANSUS, B. (COORD.). Ed. Fundación Foessa (Fomento de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada). Madrid, 2009. Pág., 184; VALEDOR DO POBO DE GALICIA.: *Las personas sin hogar en Galicia... Op. cit.*, Pág. 5.

¹³⁷⁶ CABRERA, P.J., Y RUBIO, M.J.: << Las personas sin hogar, hoy >> en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 75, año 2008. Págs., 51-74; VALEDOR DO POBO DE GALICIA.: *Las personas sin hogar en Galicia... Op. cit.*, Págs., 4-7. Obsérvese que DAVID MADRID Y JORGE MURCIA definen el status social de los integrantes del Movimiento Okupa, como “clase media-alta con un alto capital cultural”, MADRID, D., Y MURCIA, J.: *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres... Op. cit.*, Pág., 86. “Lo primero que se puede inferir es que la gran mayoría de los y las okupas, que además residen habitualmente en casas okupadas..., es que tienen una alta formación escolar, encaminada hacia la realización de estudios universitarios, cursándolos o incluso habiéndolos finalizado ya. Entendemos que los esfuerzos para costear la consecución de esos títulos escolares suelen ser soportados por la familia de origen, lo cual se apoya perfectamente en el hecho de que la mayoría de los padres y madres de las personas que respondieron poseen una titulación universitaria (65%)... Tanto los estudios como la posición laboral y los ingresos regulares nos indican que unos dos tercios (66%) de las familias de origen analizadas son de clase media (o alta, en algunos casos), al mismo tiempo que en el movimiento okupa podríamos distinguir a otro tercio con origen de clase media-baja o baja, más claramente “proletaria” en el sentido común que se le da a este adjetivo (clase obrera tradicional con bajos ingresos y escasa formación y cualificación), incluso con alguna situación de subempleo o desempleo entre sus padres y madres. *Esta distribución, desde luego, no se corresponde con la existente en la población española, en la que, más bien, se invierten los términos* (dos tercios pertenecerían a las clases bajas y medio-bajas)”. MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupaciones de viviendas y de Centros Sociales. Autogestión, contracultura y conflictos urbanos*. (Título original: “Laberintos e Laboratorios de Participación Urbana. Planos estratégicos, centros históricos e movimiento de okupación”. Traducido por Miguel y Anaí Martínez López). Ed. Virus, 1ª edición. Barcelona, 2002. Págs., 265-266. La COMISIÓN DE COORDINACIÓN DE LA ASAMBLEA DE OKUPAS DE BARCELONA, 16/05/1996, manifestó: “¿Okupamos como finalidad en sí misma o vemos en la

Así en las propias páginas de “movimientos okupas” leemos: “¿vas a okupar porque quieres o porque lo necesitas? si es porque quieres, ¡adelante! si es porque estás desesperado y la okupacion es tu última alternativa, infórmate primero en la asistencia social de los ayuntamientos, allí puedes encontrar algunas alternativas”¹³⁷⁷.

okupación un medio de lucha para transformar, cambiar, destruir, remplazar o mejorar el “universo” que nos rodea? Finalidad o medio es el planteamiento que existe detrás de ciertas actitudes. ¿Se puede plantear en nuestro caso? Si nuestra idea es la ok/cupación como finalidad, es decir, el objetivo inmediato material de conseguir una vivienda, es posible que estemos acercándonos, aunque provisionalmente. Si no es simplemente así, y entendemos que la okupación es un medio para conseguir una diversidad de finalidades, entre ellas el tema de la vivienda, el planteamiento cambia de características”; en VV.AA.: *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa*. (Título original: “Okupacio, repressió i moviments socials”. Traducido por Sonia G., Max). Ed. Traficantes de sueños, 1ª edición en castellano. Barcelona, 2000. Pág., Contraportada.

¹³⁷⁷ <http://punx.mforos.com/1048206/5338022-manual-okupa/>. (FORO ANARKO PUNK). Otras soluciones, al margen de la okupación, se proponen por CORDERO DEL CASTILLO frente a la problemática que plantean los *sin techo*: “La primera medida a tomar frente al problema de los sin techo sería la prevención para adelantarse a la aparición de la exclusión social extrema, y esta debería abordarse desde tres planos distintos: prevención primaria, secundaria y terciaria. 1.- *La prevención primaria* tiene por objeto evitar los casos extremos de exclusión social. Supone intervenir antes de que se produzca la exclusión, a través del desarrollo de las políticas sociales y la garantía de los derechos sociales y económicos: derecho a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la salud. En el caso de la población inmigrante, la prevención estaría en una ley de extranjería que restringiese la entrada a los que contasen con contrato laboral y, una vez admitidos, cuidase de su integración. 2.- *La prevención secundaria* está orientada a intervenir cuando empiezan a aparecer los problemas familiares, de vivienda, enfermedad, empleo, adicción, alcohol, racismo, etc. Hay que buscar los apoyos necesarios en la familia y en la red de servicios sociales, antes de que las personas en situación de vulnerabilidad lleguen a la exclusión social. Caso aparte es el de los inmigrantes, que necesitan especial atención para la integración lingüística y cultural, información sobre la regularización de su situación administrativa, acceso a los servicios sociales, etc. 3.- Finalmente, *la prevención terciaria* está destinada a intervenir cuando ya se ha dado la exclusión social, cuando las personas ya están en situación de sin hogar. En España existe una red específica de atención a personas sin techo, que dispone básicamente de centros de acogida, albergues y manutención, pero que resultan totalmente insuficientes... Según Caritas, el 80 % de las personas que atienden a los sin hogar son voluntarios, unas 13.500 personas, frente a los 2.900 asalariados, en su mayoría trabajadores sociales. En cuanto a la titularidad de los centros existentes para la atención a los sin hogar, el 27 % son públicos, frente al 73 % que son privados, en su inmensa mayoría de la Iglesia Católica (INE, Encuesta sobre centros para personas sin hogar, 2004). Estos datos dan una idea del abandono administrativo que sufre el colectivo de los sin techo en España”. << Los “sin techo” en España >>... *Op. cit.*, Págs., 68-69. FEDERACIÓN DE ENTIDADES DE APOYO A LAS PERSONAS SIN HOGAR tampoco contempla la okupación como medio de solucionar el problema de los *sin hogar*; proponen: “En cumplimiento del objetivo de llevar a cabo propuestas sobre políticas públicas de vivienda; consideramos relevante partir de una reflexión y un replanteamiento de las medidas aplicadas a favor de colectivos en exclusión social, o con gran vulnerabilidad, potenciando medidas en clave de eficacia y eficiencia en las actuaciones desarrolladas desde el sector público. Para ello, serían relevantes dos aspectos en el diseño y aplicación de las políticas públicas de vivienda: - La colaboración y coordinación entre las diferentes administraciones públicas, en todos sus niveles. - Especial consideración a los colectivos que presentan mayores dificultades de acceso a la vivienda y de sostenimiento de dicho acceso cuando se produce. *Ejes Fundamentales*: 1.- Fomento de la modalidad de tenencia de vivienda en alquiler. 2.- Promoción de vivienda protegida. 3.- Potenciar el alquiler social que favorezca la consolidación de procesos de emancipación en la población joven y en colectivos con especiales condiciones. *Promoción de la política de alquiler*: Con el objetivo de constituir un amplio parque público de viviendas de alquiler, proponemos: Propuesta nº 23: El gasto público en vivienda debe destinarse a promover la vivienda social de alquiler. Para ello debe reorientarse la política actual, centrada en subsidiar la compra de vivienda. Propuesta nº 24: Desarrollar mecanismos e instrumentos de coordinación entre administraciones

municipales y autonómicas para crear y primar la adjudicación de viviendas sociales en alquiler a las personas receptoras de Ayudas de Emergencia Social, este debe ser un colectivo en situación de especial desarrollo. Propuesta nº 25: Destinar de forma preferente al alquiler social protegido un porcentaje de los recursos públicos asignados actualmente a las políticas de vivienda. Instrumentos a adoptar pueden ser la dotación de programas sobre vivienda desde la óptica de derecho social, y garantizar que la promoción de la vivienda protegida se desarrolle de forma homogénea en todo el territorio. Propuesta nº 26: Crear y dinamizar Foros de Encuentro de Urbanismo y Vivienda. Entre sus funciones, se proponen las siguientes: - Impulsar la creación de vivienda protegida en alquiler por parte de todas las administraciones públicas competentes. - Promover acuerdos intermunicipales para la materialización de áreas funcionales que permitan el acceso a la vivienda protegida. - Poner en común y tomar acuerdos que coordinen los objetivos de los programas de alquiler protegido elaborados por los entes locales. - Evaluación y seguimiento de los diferentes instrumentos de programación o planificación en materia de vivienda. - Fomento de una cultura de la participación ciudadana en la gestión del espacio social público y de la vivienda evitando guetos. Propuesta nº 27: Impulsar programas para la creación de alojamientos transitorios (alquiler social o garantías sociales) con el refuerzo de planes de seguimiento y acompañamiento en clave de proceso de reinserción social en colectivos en exclusión social. Propuesta nº 28: Potenciar no solo en la clave normativa sino en el ejercicio y dotación presupuestaria ayudas oficiales a la promoción, tanto pública como privada, de vivienda protegida en alquiler. Propuesta nº 29: Potenciar la creación de agencias estatales o autonómicas que gestionen los programas de intermediación en el mercado de alquiler, en especial los dirigidos a movilizar la vivienda vacía. Y en estos programas vigilar y garantizar un correcto baremo y transparencia de los procesos de adjudicación a través de los servicios de intermediación. Siendo necesario para ello tanto un efectivo y verdadero control del precio final por el que se oferta la vivienda, como la existencia de subvenciones al alquiler para ajustar la capacidad de endeudamiento real de la familia, un acompañamiento social e intervención comunitaria. Propuesta nº 30: Plantear medidas que diseñen y lleven a cabo la conversión de vivienda libre de segunda mano en vivienda protegida o de uso social incluyendo ventajas para los propietarios. Propuesta nº 31: Llevar a cabo medidas de rehabilitación de infravivienda para su salida al mercado como vivienda social. Generando así empleo, incluyendo a personas en situación de exclusión social a través de empresas de inserción, cooperativas, etc. *Promoción de la vivienda protegida:* En los procedimientos de acceso: Propuesta nº 32: Resulta preciso mejorar el sistema de solicitud, baremo, etc. de las necesidades individuales..., adjudicación y acceso a la vivienda protegida o de protección pública, garantizando los derechos de defensa ciudadana en la gestión de los registros de solicitantes de viviendas. Propuesta nº 33: Favorecer la aplicación de sistemas que primen el baremo de las necesidades individuales de vivienda. Propuesta nº 34: Contar con una regulación capaz de resolver los problemas de titularidad en los supuestos de modificación de la unidad convivencial para la que se solicita, teniendo en cuenta las modificaciones que se producen actualmente en las estructuras familiares. Propuesta nº 35: Adoptar las medidas necesarias para que, en la medida de lo posible, la adjudicación de las viviendas protegidas se lleve a cabo en fechas cercanas a su ocupación efectiva. Propuesta nº 36: Adoptar medidas que permitan mejorar el procedimiento actual de acreditación de los ingresos de las personas solicitantes y adjudicatarias de una vivienda protegida. En los procedimientos de gestión: Propuesta nº 37: Articular fórmulas de control de la función social de las viviendas protegidas. Propuesta nº 38: Generalizar e intensificar las medidas de inspección y sanción ante el uso antisocial de las viviendas protegidas dentro del marco común que establezca un futuro Pacto estatal de Vivienda. Reforzando un marco sancionador común, que tipifique un régimen de infracciones y sanciones en materia de especulación y corrupción. Tanto en el uso y gestión del suelo, como en la promoción y gestión de vivienda de protección oficial. Propuesta nº 39: Eliminación progresiva de la deducción del régimen de fiscalidad como fomento de la compra de vivienda, favoreciendo con medidas fiscales la introducción en el mercado de alquiler (preferentemente) y de compraventa, las viviendas que actualmente se encuentren vacías. *Potenciar el alquiler social que favorezca la consolidación de procesos de emancipación en la población joven y en colectivos con especiales condiciones.* La vivienda protegida, incluyendo las viviendas sociales promovidas directamente por la administración pública, debería ser la mejor alternativa para estos grupos. Las medidas públicas que faciliten el acceso a un alojamiento adecuado a las personas en situación de mayor precariedad socio-residencial, deben darse en el marco de la coordinación y conexión del sistema de vivienda y el de servicios sociales. Situar a la persona en una vivienda protegida de alquiler no resuelve si no va acompañado de los apoyos sociales necesarios, que ayuden a consolidar las mejoras y avances en el proceso personal. En el contexto español en que la vivienda pública en forma de alquiler constituye tan sólo el 1%-2% del parque de viviendas, sería preferible dedicar menos recursos a la vivienda protegida en propiedad y dedicar los recursos disponibles a financiar ayudas al alquiler de vivienda libre para personas con bajos niveles de renta. Propuesta nº 40: En especial, establecer la

1.3.- Un nuevo modelo de ocupación: Ocupaciones no conformes u ocupaciones negras

Habitualmente el movimiento okupa se asocia con grupos que se identifican, tácita o explícitamente, con ideas revolucionarias o “autónomas” próximas a la extrema izquierda o el anarquismo. Pero no siempre es así. Aunque de forma minoritaria, en

existencia de reservas específicas de vivienda para personas en situación de sin hogar. *Otras propuestas:* Propuesta nº 41: Ratificación de la Carta Social Europea Revisada de 1996 que, en su artículo nº 31 obliga a los Estados a adoptar determinadas acciones para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos a la vivienda tales como: promover el acceso a una vivienda en condiciones adecuadas; prevenir y reducir la falta de hogar con el objetivo de su eliminación gradual y, por último, hacer que el precio de la vivienda sea asequible para las personas que carezcan de recursos adecuados. Propuesta nº 42: Firma y ratificación por el Gobierno de España del Protocolo Adicional por el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas del Consejo de Europa de 1995 que pueden llevar a cabo entidades sociales, organizaciones no gubernamentales, sindicatos, organizaciones empresariales etc., en aquellos supuestos donde se entiendan lesionados y vulnerados los derechos contenidos en la Carta Social Europea, como lo es el de tener una vivienda digna, adecuada y asequible. Propuesta nº 43: Modificación con efecto retroactivo de la normativa civil e hipotecaria en relación a la posibilidad de facilitar herramientas que eviten la responsabilidad personal en la adquisición de vivienda (Dación en pago). Medidas que contemplen: - Vivienda habitual. - Buena fe. - Personas físicas. - Acreditación de imposibilidad de pago (por parte de organismos autónomos como las citadas Comisiones). Imposibilidad de pago sobrevenida con posterioridad a la compra-venta+hipoteca”. FEDERACIÓN DE ENTIDADES DE APOYO A LAS PERSONAS SIN HOGAR.: *Por la elaboración de una estrategia estatal para la prevención y erradicación del sinhogarismo. Propuestas a los partidos políticos (Elecciones Generales en el Estado español)*. Ed. fePsh (Federación de Entidades de Apoyo a las Personas sin hogar). Agosto de 2011. Págs., 10-16. Como medidas para facilitar el acceso a la vivienda y que ésta tenga un precio “justo y razonable”, la Profesora JIMÉNEZ PARÍS, T.A., postula la eliminación de la responsabilidad patrimonial universal en las hipotecas para vivienda habitual, estableciendo como regla general legal la hipoteca de responsabilidad limitada, al decir que “adoptando legislativamente como regla que la hipoteca altera la responsabilidad patrimonial universal del deudor, de manera que ésta está limitada a la vivienda hipotecada, lo fundamental para el Banco en el futuro será valorar correctamente la inversión, por lo que éste tendrá la responsabilidad de fijar adecuadamente el valor de tasación y predecir de algún modo la evolución del mercado. En todo caso, la entidad financiera tenderá a minimizar sus riesgos por la vía de reducir la parte del precio que está dispuesto a financiar, asegurándose de esta manera que el importe de la deuda va a estar por debajo del valor de la finca aunque ésta se deprecie mucho, de modo que cubra la cantidad prestada, los intereses ordinarios, los intereses moratorios derivados del impago y las costas y gastos de ejecución. Este modo de operar, a nuestro juicio, haría más seguro el mercado hipotecario secundario, pues las hipotecas serían verdaderamente garantías sólidas de las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias. Produciría una bajada del precio del mercado inmobiliario y aunque inicialmente, en efecto, tendría lugar una cierta contracción del crédito..., a la larga las entidades financieras volverían a otorgar con fluidez créditos, acomodándose al nuevo marco legislativo”, JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: << La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012 >> en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 735, Monográfico sobre la dación en pago. Año LXXXIX. Enero-febrero 2013. Pág., 341. A título ejemplificativo citamos tres guías de ayuda a las personas *sin hogar o sin techo* donde tampoco se contempla como solución a su situación la okupación. *Vid.*, COMUNIDAD DE SANT’EGIDIO.: *Madrid. Dónde: Comer, Dormir, Lavarse*. Ed. Comunidad de Sant’Egidio, 1ª edición. Madrid, 2010; CABRERA CABRERA, P.J., RUBIO MARTÍN, Mª J., Y FERNÁNDEZ VELASCO, E.: *Guía de recursos para personas sin hogar*. Ed. Comunidad de Madrid. Consejería de Familia y Asuntos Sociales, 2ª edición. Madrid, 2005; FUNDACIÓN SAN MARTÍN DE PORRES.: *¿Cómo proceder si estoy viviendo en la calle?* <http://www.fundacionsmp.org/spip.php?article25>.

relación a las okupaciones realizadas por grupos izquierdistas, existen *ocupaciones no conformes u ocupaciones negras*.

En 1990, en concreto el 18 de febrero, en la República Democrática Alemana (DDR), se gestó un fenómeno inédito y convergente en el tiempo con el auge del neonazismo. Se trata de la ocupación por militantes de Nationale Alternative (NA) de dos edificios situados en los números 120 y 122 de la calle Weitlingstrasse, del barrio de Lichtenberg, situado al este de la capital. Era la primera vez que un grupo neonazi ocupaba un edificio de propiedad privada con fines políticos. Así, Weitlingstrasse 122 se convirtió en el epicentro del activismo neonazi en Berlín este. Nationale Alternative estableció allí su cuartel general y utilizó el edificio para impartir cursos de formación ideológica a sus militantes. El 27 de abril de ese mismo año, el edificio fue desalojado por la policía.

Desde entonces, el fenómeno de la ocupación dejó de estar monopolizado por la extrema izquierda y los grupos autónomos de inspiración ácrata.

En el caso italiano las primeras ocupaciones de edificios para convertirlos en centros sociales de activismo político se dieron en Roma. A finales de 1990 miembros del Fronte della Gioventù (FdG), las juventudes del MSI, ocuparon una antigua escuela situada en la calle Bartolucci del barrio de Monteverde. Bartolo, el centro ocupado que tomó su nombre de la vía donde se encontraba, se convirtió en un referente para la juventud romana neofascista. Después de diversas experiencias similares, el año 2002 jóvenes de extrema derecha ocuparon una casa abandonada en Roma, Casa Montag, que fue la primera ONC, *Occupazione Non Conforme*, la marca que utilizó la derecha radical para referirse a sus centros sociales ocupados, las llamadas *ocupaciones negras*.

Tras las experiencias pioneras de *Bartolo* y *Casa Montag* no fue hasta inicios del siglo XXI cuando se extendieron las llamadas “ocupaciones negras”, también conocidas como “ocupaciones no conformes”, vinculadas a diversas organizaciones neofascistas italianas. Sin duda la más relevante fue *Casa Pound*, una ocupación que acabó por

convertirse en un referente de los círculos postfascistas europeos; y que se articula como asociación de promoción social¹³⁷⁸.

En España el *Centro Social Militia*, que poco después pasó a llamarse *Casal Tramuntana*, fue el primer intento de trasladar el modelo de las llamadas ocupaciones no conformes italianas. A pesar de establecer su sede en un edificio *no ocupado* por el cual sus miembros pagaban un alquiler, el *Casal Tramuntana* junto al Proyecto Impulso de Castellón (creado en octubre de 2011) fueron los primeros en seguir el modelo activista propugnado por *Casa Pound* en Italia. Se trata de una experiencia pionera en nuestro país.

Frente a los CENTROS SOCIALES OKUPADOS Y AUTOGESTIONADOS, estos nuevos grupos, con ideología y fines distintos, denominan a sus edificios ocupados HOGARES SOCIALES. En la actualidad en España, y más concretamente en Madrid, el *Hogar Social Madrid Ramiro Ledesma* ha supuesto un “impacto” para los grupos de extrema izquierda, quienes veían la okupación como un monopolio en su lucha antisistema¹³⁷⁹. Se trata de un grupo dedicado a las ayudas sociales para los españoles más desfavorecidos, que ha ganado una gran relevancia desde 2014 apareciendo en numerosos medios de comunicación a raíz de la ocupación que llevaron a cabo en el barrio madrileño de Tetuán. Su actividad principal es la de ofrecer hogar gratuito a

¹³⁷⁸ “Registrada oficialmente como una asociación de promoción social, Casa Pound se articula alrededor de los voluntarios que trabajan en diversas áreas, como la deportiva (con un club de boxeo, equipos propios de fútbol en Lecce, waterpolo en Roma y hockey en Bolzano y la construcción de una escuela de rugby en Collaverde), la cultural (con el grupo Teatro Non Conforme o la librería La Testa di Ferro) o la solidaria (con campañas de recogida de alimentos para personas con riesgo de exclusión social y proyectos de ayuda humanitaria en países como Birmania, Kenya o Kosovo). Además de otras iniciativas como la emisora Radio Bandiera Nera que emite online diariamente o su publicación mensual Occidentale, Casa Pound también ha impulsado el Blocco Studentesco, una especie de sindicato de estudiantes neofascistas encabezado por Francesco Polacchi que financian mediante las ganancias que obtienen del pub Cutty Sark, ha sostenido una escuela de apoyo social e, incluso, ha promovido proyectos de ley por el derecho a la vivienda. Estos son, junto con la soberanía energética, el ecologismo, la reforma constitucional, el derecho a la educación y el mensaje anti inmigración que prioriza el discurso identitario por delante de la xenofobia (explicitado en su lema “0% racismo 100% identidad”), los ejes que vertebran el ideario de este llamado “fascismo del tercer milenio””. <https://carlesvinyas.wordpress.com/2012/01/09/okupas-neofascistas-casa-pound-el-caso-italiano-ii/>.

¹³⁷⁹ Así, en la actualidad en España, y más concretamente en Madrid, el Hogar Social Ramiro Ledesma ha sido un “impacto” para los grupos de extrema izquierda: “La okupación en Madrid de un centro social por parte de un grupo fascista ha sido para muchos de nosotros un *impacto*. De repente, una idea y una práctica que defendemos y usamos como herramientas de transformación social eran apropiadas por quienes representaban para nosotros un enemigo, una antítesis”. <http://www.okupatutambien.net/?p=1402>

familias sin techo así como el reparto de comida a los españoles que se encuentran en situación precaria¹³⁸⁰.

1.4.- Evolución de las ocupaciones pacíficas de bienes inmuebles (2009-2014) a través de las Memorias de la Fiscalía General del Estado

Las Memorias de la Fiscalía General del Estado, de publicación anual, se elaboran y presentan por el Fiscal General del Estado al Gobierno con motivo de la apertura de los tribunales. Prestan especial atención a la evolución de la criminalidad en sus manifestaciones más características y relevantes, así como al movimiento de las causas durante el año en cuestión. Se completan con un “anexo estadístico” que recoge el número de diligencias previas, preparatorias y sumarios incoados durante dicho período, clasificados por provincias y delitos (no, sin embargo, el número y naturaleza de las causas que terminan cada año con sentencia condenatoria)¹³⁸¹.

1.4.1.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2010

Como en anteriores ejercicios, las infracciones penales contra el patrimonio y el orden socioeconómico motivaron el volumen más elevado de incoaciones, superando el 50 por 100 de las registradas en el año¹³⁸².

A) Diligencias Previas por delitos de usurpación

- Diligencias Previas 2009: 5.981¹³⁸³

¹³⁸⁰ Cfr., <https://carlesvinyas.wordpress.com/2011/04/12/okupasneonazis/>;
<https://carlesvinyas.wordpress.com/tag/ocupaciones-no-conformes/>;
<https://carlesvinyas.wordpress.com/2012/01/04/okupas-neofascistas-casa-pound-el-caso-italiano-i/>;
<https://carlesvinyas.wordpress.com/2012/01/09/okupas-neofascistas-casa-pound-el-caso-italiano-ii/>;
<https://carlesvinyas.wordpress.com/2012/01/21/ocupaciones-no-conformes-en-espana-un-intento-de-equiparacion-a-europa/>.
<https://carlesvinyas.wordpress.com/2014/09/17/ocupaciones-patriotas-el-modelo-casa-pound-emerge-en-espana-i/>;
http://es.metapedia.org/wiki/Hogar_Social_Madrid.

¹³⁸¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* Op. cit., Pág., 92.

¹³⁸² *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Madrid, 2010. Volumen I.* Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Pág., XXII.

1.4.2.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2011

Las causas por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, que siguen constituyendo no obstante la mayor fracción de la cifra global, pues representan en el último período anual el 47 por 100 de los procedimientos incoados¹³⁸⁴.

Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, tipificados en el Título XIII del Libro II del Código Penal, determinan año tras año, la cifra más abultada de nuevos procedimientos. Esta circunstancia unida a la indudable incidencia de estas conductas en la percepción de la seguridad ciudadana hace que las reflexiones relativas a esta materia revistan un especial interés¹³⁸⁵.

A) Diligencias Previas por delitos de usurpación

- Diligencias Previas 2010: 6.697¹³⁸⁶

1.4.3.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2012

En el apartado de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico sancionados en el Título XIII del Libro II del CP, cabe reseñar que se produce un incremento significativo de la presencia procesal del delito de usurpación de bienes inmuebles, figura penal que comprende entre sus supuestos los casos de ocupación no

¹³⁸³ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Madrid, 2010. Volumen II.* Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Págs., 50-51.

¹³⁸⁴ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Madrid, 2011. Volumen I.* Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Pág., XXI.

¹³⁸⁵ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Madrid, 2011. Volumen I...* Op. cit., Págs., 264-265.

¹³⁸⁶ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Madrid, 2011. Volumen II.* Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Págs., 56-57.

autorizada de edificios y pisos vacíos que no constituyan morada, que se incrementa en un 50 por 100¹³⁸⁷.

A) Diligencias Previas por delitos de usurpación

- Diligencias Previas 2010: 6.697
- Diligencias Previas 2011: 10.052
- Diferencia: 50,10% ¹³⁸⁸

1.4.4.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2013

En el Título XIII del Código Penal (Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico) se agrupan conductas de etiología y circunstancias heterogéneas que constituyen la delincuencia más extendida cuantitativamente. Al ser los delitos más frecuentes, la sociedad percibe la criminalidad y su evolución a través de ellos¹³⁸⁹.

La usurpación es un delito poco frecuente si bien durante el año 2012 se constató un repunte de estos delitos sin duda en relación con la crisis económica. La evolución de incoaciones y calificaciones fue la siguiente¹³⁹⁰:

A) Causas incoadas/calificadas por delitos de usurpación

- Usurpaciones incoadas 2011: 10.365
- Usurpaciones incoadas 2012: 12.482

¹³⁸⁷ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante. Madrid, 2012. Volumen I.* Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Págs., 166-167.

¹³⁸⁸ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante. Madrid, 2012. Volumen II.* Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Págs., 65-66.

¹³⁸⁹ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante. Madrid, 2013. Volumen I.* Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Pág., 604.

¹³⁹⁰ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante. Madrid, 2013. Volumen I... Op. cit.,* Pág., 608.

- Usurpaciones calificadas 2011: 990
- Usurpaciones calificadas 2012: 1.508¹³⁹¹

B) Análisis de la Memoria

El incremento del 20 por 100 en las incoaciones y del 52 por 100 en las calificaciones es suficientemente significativo. En varios lugares la ocupación se centró en viviendas vacías que, en su mayor parte, pertenecían a entidades bancarias. No se detectó que estos hechos fueran promovidos por grupos o asociaciones, sino por personas o familias que actuaban por propia iniciativa y que apenas presentaban resistencia cuando judicialmente se acordaba su expulsión¹³⁹².

1.4.5.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2014

Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Bajo la misma rúbrica se agrupan conductas heterogéneas. Es la delincuencia con más presencia cuantitativa y la que en mayor medida se percibe por la sociedad.

Sin perjuicio de matizar en cada grupo concreto, podrían aplicarse al conjunto algunas líneas generales:

- El consenso de las distintas Fiscalías en que la crisis económica actúa como inequívoco motor de muchos de estos delitos y causa clara de concretos repuntes de delincuencia.
- El protagonismo de actuaciones grupales o de delincuencia organizada en sentido jurídico estricto en muchas de estas conductas.
- La utilización de las nuevas tecnologías de las comunicaciones como herramienta al servicio del delito, incidiendo especialmente en el ámbito del consumo¹³⁹³.

¹³⁹¹ *Ibidem*... Pág., 608.

¹³⁹² *Ibidem*... Pág., 608.

¹³⁹³ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante. Madrid, 2014. Volumen I.* Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Pág., 659-660.

Aunque las cifras de los delitos de usurpación sean pequeñas, su vinculación a la situación económica que se atraviesa y la experiencia de muchas fiscalías sobre la cuestión, así como su evolución, justifican esta referencia. La evolución de incoaciones y calificaciones es la siguiente¹³⁹⁴:

A) Evolución interanual de incoaciones (Previas + Urgentes) y calificaciones

- Usurpaciones incoadas 2012: 12.482
- Usurpaciones incoadas 2013: 12.569
- Usurpaciones calificadas 2012: 1.508
- Usurpaciones calificadas 2013: 1.525¹³⁹⁵

B) Distribución de las calificaciones por estos delitos en los distintos procedimientos

- Urgentes: 17 %
- Abreviados: 83 %¹³⁹⁶

C) Análisis de la Memoria

El incremento del 19% en las incoaciones y del 34% en las calificaciones del anterior ejercicio se cambia en este por una situación de estabilidad. Se sigue detectando que muchas conductas se dirigen contra el parque acumulado de viviendas de algunas entidades financieras, que permanecen sin ocupar, sin detectarse que respondan a actuaciones grupales u organizadas, sino que se trata de familias que desalojan la vivienda tan pronto como se realiza el requerimiento judicial¹³⁹⁷.

¹³⁹⁴ *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante. Madrid, 2014. Volumen I... Op. cit., Pág., 670.*

¹³⁹⁵ *Ibidem...* Pág., 670.

¹³⁹⁶ *Ibidem...* Pág., 671.

¹³⁹⁷ *Ibidem...* Pág., 671.

1.4.6.- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2015

Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico recogen un grupo de conductas de un enorme impacto en la sociedad y ocupan el primer puesto en cuanto al volumen cuantitativo en todos los aspectos, tanto en incoaciones como en calificaciones¹³⁹⁸.

Aunque los delitos de usurpación sean de comisión relativamente poco frecuente, la situación de dificultades económicas que se viene atravesando, así como su evolución, justifican esta referencia. La evolución de incoaciones y calificaciones es la siguiente¹³⁹⁹:

A) Evolución interanual de incoaciones (Previas + Urgentes) y calificaciones

- Usurpaciones incoados 2013: 12.569
- Usurpaciones incoados 2014: 24.164
- Usurpaciones calificados 2013: 1.525
- Usurpaciones calificados 2014: 3.528¹⁴⁰⁰

B) Distribución de las calificaciones por estos delitos en los distintos procedimientos

- Urgentes: 23 %
- Abreviados: 76 %
- Sumarios: 1 %¹⁴⁰¹

¹³⁹⁸ Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. Doña Consuelo Madrigal Martínez Pereda. Madrid, 2015. Volumen I. Edita: Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Pág., 700.

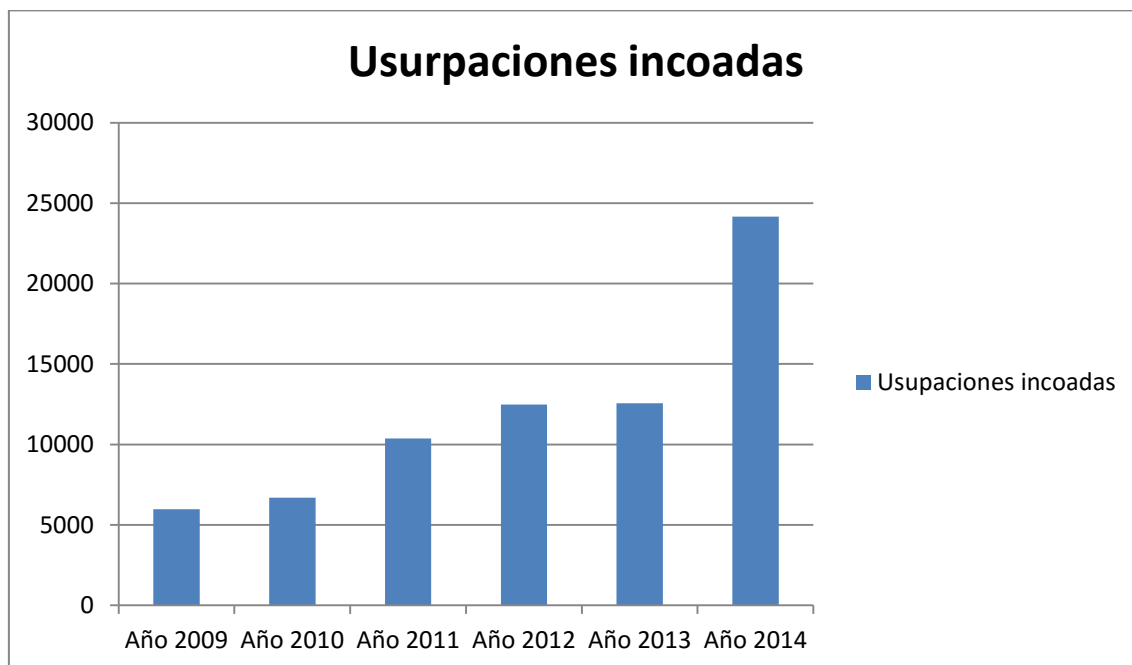
¹³⁹⁹ Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. Doña Consuelo Madrigal Martínez Pereda. Madrid, 2015. Volumen I... Op. cit., Pág., 710.

¹⁴⁰⁰ *Ibidem*... Pág., 710.

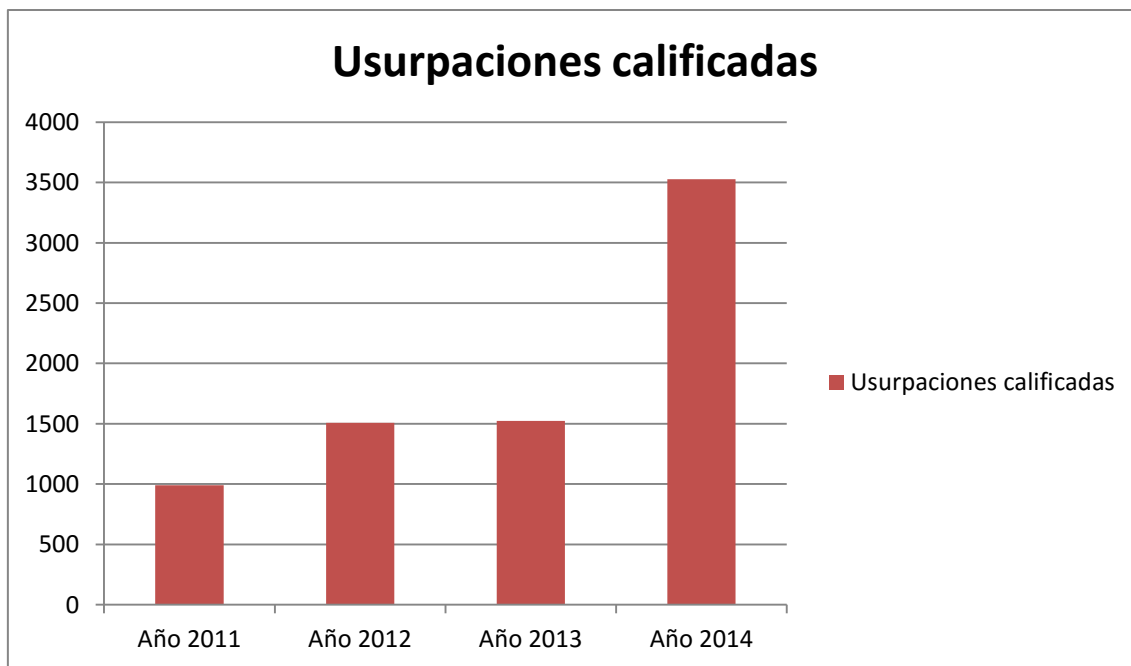
¹⁴⁰¹ *Ibidem*... Pág., 711.

C) Análisis de la Memoria

El incremento del 92 % en las incoaciones y del 131 % en las calificaciones de este ejercicio modifica la anterior situación de estabilidad. Se ha de seguir poniendo de manifiesto que muchas conductas se dirigen contra los numerosos pisos que permanecen sin ocupar y que se han ido acumulado por algunas entidades financieras, ya sea por quiebra de la promotora que financiaban, o por ejecuciones hipotecarias sin detectarse que respondan a actuaciones grupales u organizadas, sino que se trata de familias que desalojan la vivienda por propia iniciativa tan pronto como se realiza el requerimiento judicial¹⁴⁰².



¹⁴⁰² *Ibidem*... Pág., 711.



1.4.7.- PRECISIONES A LOS DATOS ESTADÍSTICOS

La criminalidad, como fenómeno colectivo, es captada por medio de la estadística criminal. En ningún caso las cifras que arroja la estadística criminal reflejan exactamente la realidad, y ello por diversas causas. Entre ellas, señalan RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ que no todo delito cometido llega a ser conocido por las autoridades policiales o judiciales, pues, la víctima o quien tiene conocimiento de él no siempre denuncia para evitarse las molestias consiguientes o evitar males mayores; que no se percate de que en realidad es tal víctima de un delito (v. gr., por pensar que ha perdido la cosa y no que le ha sido hurtada, o pensar que se trataba de un negocio fracasado y no de una estafa...); la impunidad de ciertas conductas delictivas frente a la persecución y castigo de otros delitos, por una selección de objetivos frente a la limitación de efectivos y medios en la persecución de todos los cometidos; el descuido en el registro de datos que han de servir de base a la estadística, etc.¹⁴⁰³.

¹⁴⁰³ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General... Op. cit.*, Págs., 81-82. “Sin incurrir en obsesiones clasificatorias inútiles, sí interesa distinguir, de una parte, entre métodos y técnicas de investigación *cuantitativos* y *cualitativos*; y, de otra, entre técnicas y métodos de investigación *transversales* y *longitudinales*. Las estadísticas son el método *cuantitativo* por excelencia (también lo son: el cuestionario, los métodos de medición, etc.). La observación participante, o la entrevista en profundidad, son métodos *cualitativos*. Los primeros explican la etiología, la génesis o el desarrollo de un fenómeno. Los segundos permiten comprender las claves profundas de un problema. La evolución de la Criminología en los últimos lustros demuestra la insuficiencia de los métodos cuantitativos, sus limitaciones y la necesidad de complementar las investigaciones tradicionales con técnicas cualitativas. Los Métodos *transversales* toman una sola medición del fenómeno o variable

Pese a lo expuesto, y a que exista una diferencia entre la criminalidad real y la que se traduce en las estadísticas (criminalidad aparente), éstas no carecen de valor, pues, operando sensiblemente de un modo constante las diversas fuentes de error, la estadística da noticia de los movimientos de la criminalidad, esto es, de su aumento o disminución en determinados sectores¹⁴⁰⁴.

Entre las causas que refieren RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ sobre la discordancia existente entre las cifras que arroja la estadística criminal y la realidad, algunas de ellas se refieren a delitos exclusivamente relacionados con bienes muebles y no con inmuebles (como que la víctima piense que la cosa ha sido perdida y no sustraída, lo que no concebimos que suceda con los bienes inmuebles). Además, podemos mencionar otras causas específicas en relación a este delito que pueden falsear la estadística como es la posibilidad de que el perjudicado acuda a los órganos del orden jurisdiccional civil y no al penal para recuperar la posesión del inmueble. Pese a ello se colige que año a año existe tanto un incremento de incoación de Diligencias Previas por delitos de usurpación, como de calificaciones por estos delitos¹⁴⁰⁵.

examinada. Los *longitudinales*, varias mediciones en diferentes momentos temporales. Transversales son, por ejemplo, los estudios estadísticos. Longitudinales, los estudios de seguimiento (*follow up*), las biografías criminales, los *case studies*. Los métodos *transversales* dominan todavía hoy abrumadoramente el panorama criminológico, sin embargo, técnicas de investigación longitudinales (por cierto, más complejas desde un punto de vista metodológico y de mayor coste económico) parecen imprescindibles para captar la dinámica y evolución de un fenómeno en el tiempo, así como para replicar o testar teorías clásicas de la criminalidad". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* *Op. cit.*, Págs., 44-45.

¹⁴⁰⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General...* *Op. cit.*, Pág., 82. "Las estadísticas oficiales sólo detectan la punta del iceberg, pero no su volumen real "sumergido", pues no son un instrumento idóneo para informar sobre el volumen, estructura, dinámica y desarrollo del fenómeno delictivo real. Dicha limitación intrínseca de las estadísticas oficiales explica el interés que han despertado desde hace bastantes lustros otros instrumentos alternativos especialmente indicados por razones metodológicas (adecuación al objeto) para estimar y evaluar la criminalidad oculta, real: los informes de autodenuncia y las encuestas de victimización". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* *Op. cit.*, Págs., 63-64.

¹⁴⁰⁵ Solicitados al CGPJ los datos estadísticos relativos a las condenas por delitos de usurpación pacífica de bienes inmuebles (art. 245.2 CP), por parte del Jefe de la Sección de Estadística Judicial se manifestó no poder atender a tal solicitud al no contar la estadística con detalle de delitos.

2.- Consideraciones de política criminal

2.1.- Diversos planteamientos de política criminal en el entorno europeo

El movimiento *Squatter*, término anglosajón que define a todas aquellas personas que ocupan ilegalmente una vivienda, nace en Europa a finales de los 60 y principios de los 70 concretamente en Inglaterra. Germina como consecuencia del movimiento *hippie*, como una expresión más de la “filosofía hippie”. Posteriormente, en la década siguiente y durante los años del gobierno Thatcher, es asumido por los seguidores del llamado espíritu *punk*. Con la idea de ser un movimiento anticapitalista, ácrata y libertario basó sus planteamientos en torno a tres grandes ejes. Siendo el antifascismo, el antirracismo y el pacifismo su base ideológica, como hemos indicado antes. Hoy podrían englobarse en lo que se denominan grupos antisistema¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁶ “La ocupación de bienes inmuebles por parte de personas sin hogar o sin domicilio fijo, muchas veces vinculados a las “tribus urbanas”, vino a crearle una preocupación a los poderes públicos, sobre todo en las grandes capitales, donde este fenómeno se produce con frecuencia y se popularizó, incluso fuera del mundo anglosajón con el nombre de *squatters*”. NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 116. “El movimiento *hippie* fue más una contracultura que una subcultura”. Voz SOCIOLOGÍA en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Suplemento Anual, 1995-1996. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1997. Pág., 1277. “Siguiendo a Yinger, entenderíamos las subculturas como sistemas de valores diferentes, pero no antitéticos al sistema social más amplio, mientras que por contracultura, se entendería aquellas subculturas en donde los valores se encuentran en oposición al sistema axiológico dominante”. GARCÍA NAHARRO, F.: << Cultura, subcultura, contracultura: Movida y “cambio social” (1975-1985) >> en *Coetánea. III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo*. NAVAJAS ZUBELDÍA, C., E ITURRIAGA BARCO, D. (COORDS.). Ed. Universidad de La Rioja. Logroño, 2012. Pág., 304. “Los *hippies*... en sus perspectivas no figuraba la idea de oponer simplemente el ocio, el no hacer nada, como alternativa a la sociedad, sino la adopción de una nueva forma de vida dominada por la bohemia activa, despojada sin embargo de la prisa, esa forma de concebir el tiempo de nuestra sociedad, dado que el tiempo es dinero... Practicaron un expreso primitivismo antropológico y el anti-intelectualismo... Se consideraban una variante anarquista, los “desplazados”, los que abandonan la sociedad “cuadrículada” y se van a los bajos fondos o ejercen el recurso al “bosque” o al “mar”, allí donde no llegue, afirmaba Kerouac “ese desperdicio que es la sociedad de bienestar”... Fue el movimiento más representativo de la juventud rebelde en los años 60... Su propósito... era fundar una nueva sociedad: se oponían al materialismo, al burocratismo, a la masificación, al juego de prohibiciones-recompensas, al dominio del dinero, al trabajo obligatorio, a la segregación racial, a los tabúes sexuales: “Haz lo que te agrada, siempre que quieras hacerlo”. Su mundo se basaba en el placer y eran eminentemente hedonistas... Introdujeron el gusto por los colores psicodélicos, por el exotismo estético... y por las drogas, en especial por el LSD... Su pacifismo les indujo a participar de las luchas estudiantiles contra la guerra del Vietnam. Aunque una serie de núcleos de ellos mismos decidieron auto-disolverse en 1968, durante muchos años han quedado pequeños círculos *hippies* que siguieron con aquellas formas de vida, instalándose en ámbitos rurales, casas de campo abandonadas o en barrios más o menos bohemios de las grandes ciudades”. Voz SOCIOLOGÍA en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Suplemento Anual, 1995-1996. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1997. Pág., 1277. “Los *punks*. También llamados *punkies*, es una subcultura juvenil de compleja definición, surgida en la segunda mitad de los años setenta... Para “contestar” a los valores de la sociedad tradicional los *punks* adoptaron una estética que incorporaba ropa vieja y los materiales más impensables, adosados a sus ropas... mención especial se debe a sus cabellos, con peinados basados en cabezas parcialmente rapadas, dejando que el cabello restante crezca para poder “esculpir” crestas, a menudo untadas con tintes llamativos... Todo ello para mostrar su absoluta

El movimiento se extiende por todo el viejo continente. Se les denomina “*Squatters*” en Inglaterra. “*Crackers*” o “*Kraakers*” en Holanda. En Alemania se les conoce como “*Besetzers*” o “*Hausbesetzer*”. Y “*Okupas*” en España¹⁴⁰⁷.

En relación a otros países europeos como Reino Unido, Holanda o Alemania, el fenómeno okupa llega como ya hemos señalado más tarde a España, comenzando su andadura como movimiento social a principios de los ochenta¹⁴⁰⁸.

desesperanza en un mundo considerado aberrante. Un *punk* representativo aparece, según J. Kristeva, como un aparador ambulante del mundo anti-burgués... El movimiento *punk* asumió una actitud de resumen del fetichismo de la sociedad dominante, un símbolo andante del absurdo... A sí mismos se han llegado a definir como "el vómito de una sociedad corrompida". Voz SOCIOLOGÍA en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Suplemento Anual, 1995-1996. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1997. Pág., 1280. Sobre las teorías subculturales (Cohen, Cloward y Ohlin), *Vid.*, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos...* *Op. cit.*, Págs., 494-504; *Tratado de Criminología...* *Op. cit.*, Págs., 809-826.

¹⁴⁰⁷ “Okupar es vivir en (o usar de otro modo) inmuebles sin el consentimiento de su propietario. Los okupas toman edificios con la intención de usarlos durante un tiempo relativamente largo (más de 1 año). Los okupas holandeses empezaron a usar el término *krakers* para designar a aquellas personas que pretendían convertir las okupaciones en sus hogares. En Berlín, se inventó el término *instandbesetzen*, una fusión de *instandsetzen* (por ejemplo, renovar) y *besetzen* (por ejemplo, ocupar). Existen otros usos del término “okupa”, con significados distintos. Así, en algunos reportajes en la prensa se ha utilizado dicho término para referirse a quienes usan los inmuebles solamente como lugares *crash* (para destrozar o para “usar y tirar”) pero que no intentan establecerse en ellos. En Holanda se usa a veces para designar a las personas que habitan en un apartamento con el consentimiento de sus propietarios, pero contra las reglas municipales de asignación de vivienda a rentas bajas... En el Reino Unido, quienes alquilan propiedades durante un breve período de tiempo han sido denominados “okupas con licencia”. Más allá de los aspectos formales sobre su definición, las interpretaciones de la okupación varían. He aquí algunos ejemplos: Arquetipo de un Nuevo Movimiento Social (Van Noort, 1988). “Forma de moldear la vida y el ambiente en el que se vive de modo que se rompe con las normas y leyes impuestas” (Wietsma, Vonk et al., 1982). Ejemplo de contracultura de la clase media (Clarke, Hall et al., 1976:58). Manifestación de la cultura DiY (Do it Yourself. Hazlo tú mismo) (Mckay, 1998). “Faceta importante de la lucha mundial para la redistribución de los recursos económicos de acuerdo a un patrón más igualitario y eficiente” (Corr, 1999: 3). Movimiento pro-vivienda (housing) (Wates, 1980). Movimiento social urbano, en el que la juventud trata de afirmar la visión romántica de “lo pequeño es bonito” contra la práctica funcionalista dominante de planificación de las ciudades (Mamadouh, 1992). Movimiento posmoderno, postideológico e influido por los medios de comunicación (Adilkno, 1994). Lucha utópica (Kallenberg, 2001). Movimiento de auto-ayuda (Katz y Mayer, 1985). “Oportunidad para llevar a cabo una forma de vida extrema” (Anon, 1998: 20). Predecesores (y posteriormente un ala) de los “Autónomos Internacionales” (Katsiaficas, 1997). Reacción a una crisis de la juventud, que hasta entonces solamente había experimentado prosperidad (Mak, 2000). “Último refugio antes del violento ataque de la disciplina postmoderna” (Mak, 2000:1). El hecho de que las interpretaciones diverjan tanto es debido, al menos en parte, a que los observadores tienden a ver la okupación como una manifestación de algún tipo de tendencia en la sociedad, proyectando sus propias esperanzas o temores en ella. Por otro lado, también refleja la variedad existente en el interior del movimiento. A menudo se suele distinguir entre okupar con el objetivo de encontrar una vivienda y okupar para satisfacer una necesidad de expresión contra-cultural y/o política (Lowe, 1986)”. PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004. Págs., 35-37.

¹⁴⁰⁸ Cfr., VV.AA.: *Manual delincuencia urbana. Tribus urbanas*. Ed. Publicep Libros Digitales. Humanes de Madrid, 2000. Pág., 97; GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el*

La inercia y el actual movimiento “squatterista”, impulsa a los Estados modernos a no hacer desaparecer de las leyes penales estos comportamientos. Encontrando en argumentos sociopolíticos, de defensa del modelo de sociedad, la tipificación de tales conductas¹⁴⁰⁹.

2.1.1.- INGLATERRA

El origen del movimiento *Squatter* hay que situarlo en 1968. Por aquel entonces, los Ayuntamientos eran quienes tenían la máxima competencia en materia de vivienda y se encargaban de la gestión de los albergues municipales u “hostales”, donde se ofrecía alojamiento temporal a las familias necesitadas.

La incapacidad de solucionar los problemas de vivienda no temporal y el exceso de demanda dio lugar a movilizaciones y a la creación de diferentes frentes de lucha. A partir de 1968 surge un movimiento organizado, el *London Squatters Campaign*, integrado por parte de las familias alojadas en esos “hostales” municipales, y parte de las que se hallaban en listas de espera, a los que se les unen activistas con ideología anarquista, o que habían participado en movimientos sociales pacifistas (la oposición a la Guerra del Vietnam) y ecologistas-antinucleares (el CND -Campaign for Nuclear Disarmament-, por el desarme nuclear).

Sólo un pequeño número de las okupaciones reclamaban su acción como una forma de protesta social y política de carácter libertario.

Derecho Español... Op. cit., Págs., 1-2.; ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.)... *Op. cit.*, Pág., 200; DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepínNET revista. Práctica penal... Op. cit.*, Pág., 27; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J.M.: << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los “okupas” >> en *Revista Sepin... Op. cit.*, Pág., 1; ÁLVAREZ MOLÉS, P.: *Movimientos sociales, relaciones de género y cultura. El caso de los gaztetxes en la CAPV*. Pdf. Págs., 43-44, en <http://www.gipuzkoagazteria.net/nodoa.php?nd=13573&hizkntz=2>; MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupa y resiste. Conflictos urbanos y movimiento contracultural*. <http://www.hartza.com/okupas3.htm>; http://lahaine.org/pensamiento/casaokupa_encantada.htm.

¹⁴⁰⁹ HERRERO HERRERO, C.: *Infracciones Penales Patrimoniales... Op. cit.*, Pág., 148.

En la actualidad, la *Advisory Service for Squatters (ASS)* sigue publicando y reeditando un manual de okupación y proporcionando consejos prácticos y apoyo legal a los ocupantes¹⁴¹⁰.

La ocupación en Gran Bretaña constituía un ilícito civil. En Inglaterra o en Gales ocupar no era un delito, un crimen, sino un “*tort*”; es decir, un ilícito civil que confiere a la persona ofendida un título para pedir indemnización por el perjuicio ocasionado. Históricamente existen dos clases de “*tort*”: las acciones *on the case* y el *trespass*. Esta supone una lesión concluyente e inmediata que, por su simplicidad, fue la más desarrollada por el Common Law.

El hecho de ocupar una propiedad era una cuestión civil y había de ser resuelto entre los ocupantes y los dueños de las propiedades ocupadas. Los dueños disponen de procedimientos legales para desalojar a los ocupas, de manera que no pueden, legalmente, usar fuerza, amenazas, o violencia.

Los ocupas son protegidos como poseedores, pues, la Sección 6 del *Criminal Law Act* de 1977 prohíbe la recuperación por las vías de hecho de la propiedad ocupada. De la misma manera, que tampoco se permite una *forcible entry*; esto es ocupación violenta, cuando se utiliza o amenaza de violencia con el propósito de asegurar la entrada, (aunque no es necesario lograr el acceso); siendo indiferente si la violencia en cuestión se dirige contra la persona o contra la propiedad. Se castiga con penas de hasta 6 meses de prisión y/o multa de hasta 5.000 libras a quien intente entrar o entre por la fuerza o con violencia en cualquier propiedad ocupada. Generalmente, los ocupas muestran una copia de esta ley en la puerta o en una ventana para que sea visible desde fuera. Esta Sección se la conoce como *Legal Warning* y en ella se explican los derechos de los ocupas¹⁴¹¹.

¹⁴¹⁰ Se puede contactar con *Advisory Service for Squatters* en: Dirección: Ángel Callejón, 84b Whitechapel High Street, Londres E1 7QX. Teléfono: 020 3216 0099. Fax: 020 3216 0098. E-mail: advice@squatter.org.uk.

¹⁴¹¹ “6.- Violence for securing entry. (1) Subject to the following provisions of this section, any person who, without lawful authority, uses or threatens violence for the purpose of securing entry into any premises for himself or for any other person is guilty of an offence, provided that (a) there is someone present on those premises at the time who is opposed to the entry which the violence is intended to secure; and (b) the person using or threatening the violence knows that that is the case. [F1 (1A) Subsection (1) above does not apply to a person who is a displaced residential occupier or a protected intending occupier of the premises in question or who is acting on behalf of such an occupier; and if the

En muchas propiedades vacías entrar no es un problema debido a la falta de seguridad causada por el vandalismo o el deterioro. Causar daños a la propiedad, *criminal damage*, es considerado como un acto criminal. Aunque la policía intente una acusación de *criminal damage*, solo puede prosperar si existen testigos¹⁴¹².

En 1994, con la entrada en vigor de la *Criminal Justice and Public Order Act* (Section 76), se criminalizaron las ocupaciones con penas de hasta 6 meses de prisión y/o 5.000 libras de multa para los supuestos en que los ocupantes se mantuvieran más

accused adduces sufficient evidence that he was, or was acting on behalf of, such an occupier he shall be presumed to be, or to be acting on behalf of, such an occupier unless the contrary is proved by the prosecution.] (2) [F2 Subject to subsection (1A) above,] the fact that a person has any interest in or right to possession or occupation of any premises shall not for the purposes of subsection (1) above constitute lawful authority for the use or threat of violence by him or anyone else for the purpose of securing his entry into those premises. F3 (3)... (4) It is immaterial for the purposes of this section (a) whether the violence in question is directed against the person or against property; and (b) whether the entry which the violence is intended to secure is for the purpose of acquiring possession of the premises in question or for any other purpose. (5) A person guilty of an offence under this section shall be liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding [F4 level 5 on the standard scale] or to both. (6) A constable in uniform may arrest without warrant anyone who is, or whom he, with reasonable cause, suspects to be, guilty of an offence under this section. (7) Section 12 below contains provisions which apply for determining when any person is to be regarded for the purposes of this Part of this Act as a displaced residential occupier of any premises or of any access to any premises [F5 and section 12A below contains provisions which apply for determining when any person is to be regarded for the purposes of this Part of this Act as a protected intending occupier of any premises or of any access to any premises.]". <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45/section/6>. Ejemplo de Legal Warning: "THIS PUB IS A NON-RESIDENTIAL BUILDING. Section 144, LASPO does NOT apply. This is NOT a "residential building" within the meaning of section 144, Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 because it was NOT designed or adapted, before the time of our entry, for use as a place to live (ss (3) (b)). THAT it was clearly the intention of Parliament to exclude public houses from the legislation. This was made clear by the consultation document which stated on page 38 that "the Government will not seek to criminalise squatting in non-residential buildings, such as disused factories, warehouses or pubs". The provisions of section 144 are therefore NOT APPLICABLE to this building or to our occupation of it. Part II, Criminal Law Act 1977 (As amended by Criminal Justice and Public Order Act, 1994) DOES APPLY. TAKE NOTICE. THAT we live in this property, it is our home and we intend to stay here. THAT at all times there is at least one person in this property. THAT any entry or attempt to enter into these premises without our permission is therefore a criminal offence as any one of us who is in physical possession is opposed to such entry without our permission. THAT if you attempt to enter by violence or by threatening violence we will prosecute you. You may receive a sentence of up to six months' imprisonment and/or a fine of up to £5,000. THAT if you want to get us out you will have to issue a claim for possession in the County Court or in the High Court. The Occupiers. NB Signing this Legal Warning is optional. It is equally valid whether or not it is signed". <http://www.squatter.org.uk/resources/legal-warnings/legal-warning-pub/>.

¹⁴¹² "If doors or windows of the property have been broken to gain access or items inside have been used damaged or removed, the offences of criminal damage, theft or burglary might be relevant. There is also an offence of 'abstracting electricity' under section 13 of the Theft Act 1968, which is committed when somebody dishonestly and without due authority causes to be wasted or diverted electricity. These offences are all indictable (triable summarily or on indictment) and police powers under PACE apply in the same way as for any such offence". *Circular N°. 2012/04. Offence of Squatting in a Residential Building. Criminal Law and Legal Policy Team. 22 August 2012. Ministry of Justice. Pág., 4.*

de 24 horas después de recibir la llamada *interim possession order*, una concreta orden de desalojo reconocida a titulares muy determinados. En realidad más que sancionarse la ocupación se tipifica el incumplimiento (lo que sería un delito de desobediencia) de la *interim possession order*. Los propietarios de viviendas pueden solicitar al Condado o Tribunal Supremo una Orden de Posesión. Una vez que se concede la misma es un delito que un ocupante ilegal permanezca en la propiedad. En estas circunstancias, la Policía puede detener a cualquier persona que se halle en violación de una orden de este tipo¹⁴¹³.

La *Section 144 of the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012* ha creado un nuevo delito de ocupación en un edificio residencial, sancionado con una pena máxima de seis meses de prisión, multa o ambas cosas, que se aplica en toda Inglaterra y Gales¹⁴¹⁴.

¹⁴¹³ "76 *Interim possession orders: trespassing during currency of order.* (1) This section applies where an interim possession order has been made in respect of any premises and served in accordance with rules of court; and references to "the order" and "the premises" shall be construed accordingly. (2) Subject to subsection (3), a person who is present on the premises as a trespasser at any time during the currency of the order commits an offence. (3) No offence under subsection (2) is committed by a person if (a) he leaves the premises within 24 hours of the time of service of the order and does not return; or (b) a copy of the order was not fixed to the premises in accordance with rules of court. (4) A person who was in occupation of the premises at the time of service of the order but leaves them commits an offence if he re-enters the premises as a trespasser or attempts to do so after the expiry of the order but within the period of one year beginning with the day on which it was served. (5) A person guilty of an offence under this section shall be liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding level 5 on the standard scale or both. (6) A person who is in occupation of the premises at the time of service of the order shall be treated for the purposes of this section as being present as a trespasser. (7) [F1 A constable in uniform may arrest without a warrant anyone who is, or whom he reasonably suspects to be, guilty of an offence under this section.].(8) In this section • "interim possession order " has the same meaning as in section 75 above and "rules of court" is to be construed accordingly; and • "premises" has the same meaning as in that section, that is to say, the same meaning as in PartII of the M1 Criminal Law Act 1977 (offences relating to entering and remaining on property). <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/76>.

¹⁴¹⁴ "144.- *Offence of squatting in a residential building.* (1) A person commits an offence if (a) the person is in a residential building as a trespasser having entered it as a trespasser, (b) the person knows or ought to know that he or she is a trespasser, and (c) the person is living in the building or intends to live there for any period. (2) The offence is not committed by a person holding over after the end of a lease or licence (even if the person leaves and re-enters the building).(3) For the purposes of this section (a)"building" includes any structure or part of a structure (including a temporary or moveable structure), and (b) a building is "residential" if it is designed or adapted, before the time of entry, for use as a place to live. (4) For the purposes of this section the fact that a person derives title from a trespasser, or has the permission of a trespasser, does not prevent the person from being a trespasser. (5) A person convicted of an offence under this section is liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding 51 weeks or a fine not exceeding level 5 on the standard scale (or both). (6) In relation to an offence committed before the commencement of section 281(5) of the Criminal Justice Act 2003, the reference in subsection (5) to 51 weeks is to be read as a reference to 6 months. (7) For the purposes of subsection (1)(a) it is irrelevant whether the person entered the building as a trespasser before or after the commencement of this section. (8) In section 17 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (entry for purpose of arrest etc) (a) in subsection (1) (c), after sub-paragraph (v) insert— "(vi)section 144 of the

Es importante tener en cuenta que el nuevo delito sólo se refiere a propiedades residenciales. La ocupación de edificios no residenciales, o donde ha habido un acuerdo, sigue siendo una cuestión civil. Para resolverlo el propietario tiene que llevarlo a la Corte. Los propietarios, como hemos indicado antes, tienen formas y procedimientos legales para desalojar a los ocupas y no pueden usar legalmente la fuerza o amenazas.

El delito se introdujo raíz de la preocupación pública sobre el daño que los intrusos (ocupas) pueden ocasionar. El delito protege a los propietarios y ocupantes legales de cualquier tipo de edificación residencial. Esto incluye los propietarios e inquilinos que podrían haber sido excluidos de sus hogares por los intrusos (ocupas). También protegerá, además de a los propietarios de edificaciones residenciales, a los propietarios de segundas viviendas y Ayuntamientos que descubran a intrusos (ocupas) que viven en un edificio residencial que ellos poseen o sobre los que tengan el control, incluso si nadie vivía allí en el tiempo en que los intrusos ocuparon el edificio¹⁴¹⁵.

Para que se cometa el delito es preciso que la persona que se encuentre en el edificio residencial haya entrado en el mismo como un intruso (ocupa); sepa o deba saber que es un intruso (ocupa); y esté viviendo en el edificio o tenga la intención de vivir allí durante cualquier período. Esto significa que:

- *No se aplicará y no habrá delito si la persona entró en el edificio con el permiso del propietario, v. gr., como inquilino legítimo. El delito no comprende, pues, los supuestos de personas que entraron legalmente, bajo un contrato de arrendamiento o licencia. Esto es así incluso si un*

Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 (squatting in a residential building);"; (b) in subsection (3), for "or (iv)" substitute ", (iv) or (vi)". (9) In Schedule 10 to the Criminal Justice and Public Order Act 1994 (consequential amendments), omit paragraph 53(b)". https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/220062/squatting-circular.pdf.

¹⁴¹⁵ "The offence was introduced following public concern about the harm that trespassers can cause. The offence will protect owners and lawful occupiers of any type of residential building. This includes homeowners and tenants who might have been excluded from their homes by trespassers. It will also protect landlords, second homeowners and local authorities who discover trespassers living in a residential building that they own or control even if no one was living there at the time the trespassers occupied the building". *Circular N°. 2012/04. Offence of Squatting in a Residential Building. Criminal Law and Legal Policy Team. 22 August 2012. Ministry of Justice.*

inquilino legítimo, posteriormente, se atrasa en el pago del alquiler, o retiene la posesión más allá de la fecha de expiración de cualquier acuerdo original. En estos casos tal persona no sería intruso (ocupa) a los efectos de este delito. En tales circunstancias el dueño de la propiedad para lograr el desalojo y recuperar la posesión de sus bienes ha de acudir a los procesos establecidos en la Corte del Condado (o Tribunal Supremo en su caso).

- *La persona debe saber o debía saber que es un intruso.* No se aplica a quien entra en la propiedad de buena fe, creyendo razonablemente que tenía permiso para hacerlo. Si bien, si el título de una persona deriva de un intruso (ocupa), o tiene el permiso de un intruso para entrar en la propiedad, ello no impide que sea tratado como un intruso (ocupa) frente al propietario u ocupante legal a los efectos de la infracción.
- *El delito también requiere que el intruso “esté viviendo” o “tenga la intención de vivir” en el edificio para cualquier período.* Esto implica que el delito no se aplica a las personas que están en el edificio residencial momentáneamente, o que no tienen la intención de vivir allí. Así, por ejemplo, una persona que entra en el vestíbulo o porche de alguna casa para entregar el correo no deseado, podría no tener el permiso del dueño de la propiedad para hacerlo, pero no es un intruso (ocupa) a los efectos de este delito.
- *En cuanto a qué se entiende por edificación residencial,* incluye cualquier estructura o parte de una estructura que ha sido diseñada o adaptada para utilizarse como lugar para vivir. A diferencia de nuestro artículo 245.2 del Código Penal no se exige que se trate de un inmueble. Serán objeto material del delito las estructuras temporales o móviles que sirvan de hogares como casas prefabricadas, caravanas o los prefabricados residenciales. Sí se exige que el edificio deba haber sido diseñado o adaptado para su uso como un lugar para vivir antes de la hora de entrada (antes de la ocupación). Esto supone que si por ejemplo un granero se ha convertido en una casa de campo o, unas oficinas en

pisos, tales edificios estarán protegidos por el delito. No sucederá lo mismo si es el intruso (ocupa) el que modifica un edificio no residencial destinándolo a vivienda mediante la colocación de sus enseres y efectos personales, pues, antes de la entrada (ocupación) no había sido diseñado o adaptado para utilizarse como lugar para vivir¹⁴¹⁶.

2.1.2.- HOLANDA

El modelo holandés, surgido de la plataforma de los *provos* (movimiento de carácter anarquista que pusieron de moda los “White Plans” –Planes Blancos-), ha sido y es el modelo a seguir por el colectivo okupa¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁶ Cfr., NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Págs., 116-119; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 23-28; VV.AA.: *Manual delincuencia urbana. Tribus urbanas*. Ed. Publicep Libros Digitales. Humanes de Madrid, 2000. Pág., 98; MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupaciones de viviendas y de Centros Sociales. Autogestión, contracultura y conflictos urbanos*. (Título original: “Laberintos e Laboratorios de Participación Urbana. Planos estratéxicos, centros históricos e movemento de okupación”. Traducido por Miguel y Anaí Martínez López). Ed. Virus, 1ª edición. Barcelona, 2002. Págs., 97-100; OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... Op. cit., Pág., 68; Circular N° 2012/04. *Offence of Squatting in a Residential Building. Criminal Law and Legal Policy Team. 22 August 2012. Ministry of Justice*. Págs., 1-14; MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupa y resiste. Conflictos urbanos y movimiento contracultural*. <http://www.hartza.com/okupas3.htm>; <http://www.burbuja.info/inmobiliaria/burbuja-inmobiliaria/140098-guia-practica-okupar-casa-2.html>; <http://www.legislation.gov.uk/>; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45/section/6>; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/76>; <http://www.squatter.org.uk/>; <http://www.squatter.org.uk/resources/legal-warnings/legal-warning-pub/>; https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/220062/squatting-circular.pdf.

¹⁴¹⁷ “Los *provos*. Fueron otra subcultura juvenil europea, surgida en los inicios de los años sesenta en Ámsterdam... y su ideal era una especie de nueva Babilonia, en la que el juego y la creatividad individual eran el valor primordial... Adoptaron el nombre de *provos* con el ánimo de definir su función provocadora... Lo importante era producir inquietud, despertar al ciudadano medio de su vulgaridad y asepsia, de su egoísmo y rutina”. Voz SOCIOLOGÍA en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Suplemento Anual, 1995-1996. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1997. Pág., 1278. “El término “Provo”, en realidad, fue acuñado por primera vez por el sociólogo holandés Buikhuizen... Inspirado por el anarquismo, el dadaísmo, el filósofo alemán (y futuro gurú de la contracultura) Herbert Marcuse y el Marqués de Sade, Van Duyn, un tímido e introvertido intelectual, pronto se convirtió en la mayor fuerza detrás de la revista Provo. Pero mientras Van Duyn dominaba la rama teórica de los Provos, otro elemento más importante era proporcionado, incluso antes, por su otro cofundador, Robert Jasper Grootveld, un antiguo limpiador de ventanas y el primer príncipe de los payasos de la cultura popular”. VOETEN, T. <<Los provos holandeses >> en *High Times*. Enero 1990. Traducido por Translate The Revolt. <http://info.nodo50.org/Los-provos-holandeses.html>. “1965 y 1966 se convirtieron en los años del auge de Provo, un grupo de intelectuales, artistas y estudiantes que apuntaban a atacar el orden autoritario y conservador por medio de la provocación. Después de su auto-disolución en 1967, parte del grupo Provo empezó a orientarse explícitamente en politizar la okupación. Montaron un “Woningbureau de Kraker”, es decir, una oficina de okupación que organizaba las acciones de toma de edificios. Tras okupar exitosamente unos cuantos lugares, el grupo se vio abrumado por cantidades masivas de gente solicitando

Con el nombre de “*Kraakers*” realizan sus primeras okupaciones a finales de los 60 en edificios del área de Ámsterdam que iban a ser demolidos para su posterior construcción.

En Holanda la principal motivación para catalizar el movimiento provino de la directa liberalización del mercado de la vivienda y del desentendimiento progresivo del Estado en cuanto a proporcionar vivienda social.

La Corte Suprema dictaminó en 1971 que entrar en un edificio abandonado no era invasión¹⁴¹⁸.

ayuda para okupar. Publicaron y distribuyeron el primer manual de okupación de Holanda y cerraron la oficina poco después. Hacia el final del alboroto revolucionario de los 60's, el movimiento Kabouter había surgido de las cenizas de Provo, nuevos grupos habían tomado el relevo de esas tempranas iniciativas y okupar se había convertido en un acto político”. <https://old.squat.net/es/news/amsterdam250505.html>. “Pese al final violento de algunas manifestaciones, el movimiento tenía carácter pacífico y... algunos de sus militantes se dedicaron, en los años de auge, a divulgar y definir propuestas concretas de cambio, que podían ser puestas en práctica de inmediato: Eran los famosos “Planes Blancos”: el *plan de la bicicleta blanca* proponía el cierre del centro de Ámsterdam (la bella zona de los canales) al tráfico motorizado, que sería sustituido por la utilización gratuita de bicicletas públicas; el *plan de la chimenea blanca*, adelantado como el anterior de las actuales preocupaciones derivadas de la contaminación urbana, pedía la prohibición o la restricción del uso de gases tóxicos o peligrosos, para evitar el envenenamiento del aire; el *plan de la mujer blanca* defendía la necesidad de desarrollar la información sexual, sobre todo la información de los métodos anticonceptivos, para favorecer la liberación de la sexualidad femenina tradicionalmente coartada por el miedo al embarazo. Aunque quizá el más famoso fue el *plan de la gallina blanca* (gallina, mote con el que se denomina a la policía en el argot popular de Ámsterdam), que preveía el desarme de la policía y la conversión de las agentes en servidores de las necesidades generales de la sociedad. “La Gallina Blanca (se dice en un texto lleno de humor y de imaginación) es el asistente social del futuro. Será el que se encargue de suministrar las medicinas y primeras curas en caso de accidente; igualmente proveerá al provotariado en apuros desde cerillas a preservativos, una naranja o una pata de pollo”. Esta serie de proyectos no representaba... un ataque directo contra las estructuras del poder económico o político capitalista, que podía haber asimilado... algunas de las propuestas del grupo. Pero eran un ataque sistemático contra las formas de vida habituales de la sociedad holandesa; por eso, fueron rechazados. Junto a ellos, el plan más radical era el *plan de la vivienda blanca*, que defendía la necesidad de “acabar con la especulación del Estado, de los municipios, de los industriales, inversionistas o personas privadas en materia de construcción de casas, o al menos evitar dicha especulación en todo lo posible”, y convertir los edificios desahuciados por los nuevos planes de urbanización de Ámsterdam en viviendas provisionales gratuitas”. PÉREZ LEDESMA, M.: *El Movimiento Provo*. http://www.iztacala.unam.mx/errancia/v10/PDFS_1/TEXT0%20LITORALES%2009%20ERRANCIA%2010.pdf.

¹⁴¹⁸ “La Municipalidad luchó contra ellos desde el principio pero en 1971 el High Council decidió que la ocupación estaba permitida siempre y cuando las propiedades no estuvieran siendo utilizadas por los propietarios. A partir de esta resolución se sintieron confiados y comenzaron las ocupaciones, principalmente en el Distrito Newmarkt. Muchas de las viviendas de antes de la guerra esperaban su demolición, para dar paso a la construcción del Metro”. <https://arquikunst.wordpress.com/2011/02/18/okupas-en-amsterdam/>.

Los “*Kraakers*” hasta 1979 mantuvieron una postura pacífica ante los desalojos. A partir de entonces surgieron reacciones violentas convirtiéndose los desalojos en verdaderas batallas campales contra la policía, llegando en ocasiones a tener que utilizar tanques en el operativo. Tal es así, que en 1982 y durante un desalojo efectuado en Ámsterdam, los disturbios que se produjeron fueron de tal magnitud que el gobierno decretó el “estado de sitio”, situación única en la historia legal holandesa.

Las okupaciones de los “*Kraakers*” continuaron durante la década de los ochenta y los noventa. Algunas de las iniciativas más emblemáticas fueron legalizadas, permitidas por las autoridades locales, o gracias a la Ley 12.305 garantizaron su existencia comprando los edificios los propios ocupantes.

Hasta octubre de 2010, el conflicto con la propiedad que podía generar la ocupación podía oscilar entre una violación de la ley penal cuando el inmueble llevaba menos de un año abandonado, y la jurisdicción civil cuando la vivienda llevaba más de un año en desuso. Se hablaba de que en Holanda la ocupación era legal y estaba despenalizada, porque la Ley 12.305 establecía “que un inmueble tan sólo podrá estar un año sin que nadie haga uso de él”, ley que por otro lado dicta “que la propiedad tendrá que avisar a quien ocupa con una antelación mínima de seis meses, para poder recuperar su espacio y siempre que demuestre que necesita el inmueble para alguna actividad lícita”.

Este sistema producía que los jueces y las autoridades municipales llevaran a cabo en muchos casos una actividad de mediación entre las dos partes en conflicto que en ocasiones finalizaba mediante el pago de un precio para continuar la utilización, o bien mediante la legalización de la ocupación cuando la propiedad era pública¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁹ “La forma más evidente de institucionalización de las okupaciones es su legalización, a menudo materializada en combinación con la represión tanto de quienes se oponen a la legalización como de quienes están involucrados en los procesos de negociación para conseguirla... En consecuencia, se podrían distinguir dos tipos de institucionalización: una flexible (cuando el movimiento combina acciones convencionales y disruptivas, y sólo una parte del mismo se consolida legalmente) y otra terminal (cuando se abandonan las acciones disruptivas porque la gran mayoría del movimiento se ha legalizado o porque ha desaparecido) (Pruijt 2003: 136). La segunda forma de integración social a la que se refiere Pruijt (2003: 136-138) es la cooptación de líderes del movimiento por el Estado o por organizaciones proveedoras de servicios, generalmente promovidas por antiguos activistas, adjudicatarias de la externalización de servicios públicos. Si ampliamos la noción de “institucionalización flexible” sin restringirla sólo al repertorio de acción, podríamos considerar la cooptación como uno de sus casos particulares. La razón es que la cooptación consiste en la integración institucional de una parte del

Hasta el 1 de octubre de 2010 la ley permitía mantener una ocupación si los espacios estaban vacíos durante más de un año. Aunque era ilegal entrar en un edificio con objeto de ocuparlo, en la práctica su persecución sólo era posible si la policía actuaba en el momento preciso de la entrada. Una vez dentro del edificio podía llegar la policía a registrarlo pero si en su interior había evidencias de instalación como pudiera ser un colchón, una mesa, y una silla (conjunto conocido como *kraak-set* -conjunto okupa-), y la cerradura de la puerta había sido cambiada por una nueva, entonces no cabía el desalojo¹⁴²⁰.

Décadas de tolerancia con el movimiento okupa han llegado a su fin en Holanda. En la actualidad, desde la *Wet van 24 juli 2010 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Leegstandwet, en enige andere wetten in verband met het verder terugdringen van kraken en leegstand (Wet kraken en leegstand)*, se tipifica la ocupación pacífica con penas de hasta un año de prisión. “*Aquél que entre o permanezca en un edificio sin el consentimiento del propietario, es declarado culpable de usurpación y será castigado con una pena de prisión máxima de un año o una multa de la tercera categoría*”. Si la ocupación se efectúa con violencia e intimidación, la

movimiento, sus activistas más destacados. La constitución de empresas o cooperativas de realojamiento, de rehabilitación de edificios o de promoción cultural, por parte de activistas okupas no suponen una cooptación directa por los organismos estatales, pero sí de institucionalización flexible en cuanto los alejan de las prácticas y estrategias habituales del movimiento, y los acerca a relaciones contractuales con el Estado o con otras empresas. En consecuencia, si las legalizaciones de las okupaciones, la cooptación de sus miembros relevantes o la formalización empresarial de los activistas, no abarcan a una amplia mayoría del movimiento, no se produciría una "institucionalización terminal", sólo una flexible. Es esta institucionalización flexible, sin atisbos de cooptación, la que aconteció en Ámsterdam según Pruijt (2003: 139). Las autoridades municipales legalizaron unos 200 edificios okupados, después de adquirirlos con fondos públicos. También concedieron ayudas económicas para la rehabilitación de otros edificios okupados. Numerosos okupas, por lo tanto, entablaron negociaciones con técnicos y políticos locales para obtener esas concesiones y, en algunos casos, participaron en la discusión de planes de urbanismo de las zonas donde okupaban. Al mismo tiempo, Pruijt sostiene que el repertorio de protestas radicales y disruptivas de los okupas, en general, ha persistido durante estas cuatro últimas décadas, así como nuevas okupaciones”. MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A.: << Los procesos de institucionalización en el movimiento de okupaciones. Estrategias, discursos y experiencias >> en *Okupaciones en movimiento. Derivas, estrategias y prácticas*. DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ-PINILLA, M., MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A., Y LORENZI FERNÁNDEZ, E. Ed. Tierradenadie, Madrid, 2010. Págs., 65-66.

¹⁴²⁰ “La nueva ley rompe con el marco legal anterior favorable a la okupación. Según el artículo 429 del antiguo código penal, que la reforma ha eliminado, la okupación de edificios estaba permitida siempre que éstos hubiesen estado desocupados durante más de un año. Los okupas sólo tenían que amueblar el piso con una mesa, una silla y una cama, el conjunto conocido como *kraak-set* (conjunto okupa), y avisar a la policía, para que ésta tomase nota de que la okupa cumplía con ese requisito”. NODO50. CONTRAINFORMACIÓN EN LA RED.: << Holanda ilegaliza la okupación >> en <http://info.nodo50.org/El-Estado-identifica-al-okupa-como.html>.

pena puede ascender a dos años. Y hasta dos años y ocho meses si los alborotadores actúan en grupo (dos o más personas)¹⁴²¹.

El Gobierno local de Ámsterdam aprobó una moción según la cual la ley se aplicará desde el primer día, realizando los desalojos de forma progresiva, comenzando por aquellos edificios para los que ya se cuente con un nuevo destino, o en los casos en los que los okupas generen violencia. La policía reporta episodios de violencia, marginación y tráfico de drogas en el entorno okupa¹⁴²².

¹⁴²¹ *Wet van 24 juli 2010 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Leegstandwet, en enige andere wetten in verband met het verder terugdringen van kraken en leegstand (Wet kraken en leegstand)*. Ley de 24 de julio, 2010, que modifica el Código Penal, el Leegstandwet, y cualesquiera otras leyes relativas a la reducción adicional de grietas y de vacantes (ley que se agrieta y vacantes). <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2010-320.html>. “*Artikel 138a Sr. 1.- Hij die in een woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd, wederrechtelijk binnendringt of wederrechtelijk aldaar vertoeft, wordt, als schuldig aan kraken, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie*. Traducción: Aquél que entre o permanezca en un edificio sin el consentimiento del propietario, es declarado culpable de usurpación y será castigado con una pena de prisión máxima de un año o una multa de la tercera categoría. 2.- *Indien hij bedreigingen uit of zich bedient van middelen geschikt om vrees aan te jagen, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie*. Traducción: Si la persona realiza amenazas o emplea medios intimidatorios, será castigado con una pena máxima de cárcel de dos años o una multa de la cuarta categoría. 3.- *De in het eerste en tweede lid bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien twee of meer verenigde personen het misdrijf plegen*. Traducción: Las penas de cárcel expuestas en el párrafo primero y segundo de este artículo pueden elevarse en un tercio si dos o más personas colaboran en la comisión del delito. *Artikel 551a Sv. In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in de artikelen 138, 138a en 139 van het Wetboek van Strafrecht kan iedere opsporingsambtenaar de desbetreffende plaats betreden. Zij zijn bevoegd alle personen die daar wederrechtelijk vertoeven, alsmede alle voorwerpen die daar ter plaatse worden aangetroffen, te verwijderen of te doen verwijderen*. Traducción: En caso de sospecha de alguno de los delitos contemplados en los artículos 138, 138a y 139 del Código Penal, cualquier funcionario de policía es competente para entrar en el lugar en cuestión. Los cuerpos policiales podrán desalojar a todas las personas que estén en su interior sin consentimiento del propietario. También podrán eliminar todos los objetos materiales que se encuentran en el lugar”. NODO50. CONTRAINFORMACIÓN EN LA RED.: << Prohibida la okupación en Holanda >> en <http://info.nodo50.org/Prohibida-la-okupacion-en-Holanda.html>.

¹⁴²² “Décadas de tolerancia con el movimiento okupa han llegado a su fin en Holanda. Por amplia mayoría, el Parlamento ha aprobado una ley que castiga con la cárcel la ocupación ilegal de edificios vacíos. A partir de ahora, instalarse en un inmueble sin contar con el correspondiente contrato acarreará un año de encierro. Si la ocupación se efectúa con violencia e intimidación, la pena puede ascender a dos años. Y hasta dos años y ocho meses si los alborotadores actúan en grupo. Los okupas podrán ser arrestados incluso cuando ya vivan en la casa. Sancionada con los votos a favor de democristianos, liberales de derecha, calvinistas y la derecha radical, la llegada de la nueva norma provocó un tumulto sin precedentes dentro y fuera de la Cámara. Tal fue el griterío, que la sesión tuvo que suspenderse. Entretanto, en la calle, un nutrido grupo de manifestantes montó tiendas de campaña al grito de “Tenemos derecho a una vivienda digna”. Paradójicamente, el ministro de Vivienda, el socialdemócrata Eberhard van der Laan, se oponía a la prohibición. Como el resto de su partido, la consideraba impracticable por la dificultad de expulsar a estos inquilinos no deseados. Por otra parte, el lema de los manifestantes figura como un principio esencial en todas las constituciones democráticas, incluida la holandesa. Para la mayoría del Parlamento, sin embargo, poco queda ya del espíritu reivindicativo de hace tres décadas. Entonces, apropiarse de casas deshabitadas era una crítica contra la especulación inmobiliaria. Hoy, la policía reporta episodios de violencia, marginación y tráfico de drogas en el mismo entorno. Con todo, tanto los agentes como los ayuntamientos han advertido de que será muy difícil echar a vecinos con años

Otra medida disuasoria de la ocupación consiste en ofrecer a bajo precio, para alojamiento, los edificios vacíos o con planes de remodelación o demolición, y así evitar su ocupación.

Frente a la necesidad en nuestro ordenamiento jurídico de orden judicial acordando el desalojo, o condena penal firme ordenando la restitución de la posesión del inmueble a su legítimo propietario, en Holanda ante la simple sospecha de ocupación, cualquier funcionario de policía es competente para entrar en el lugar en cuestión, desalojar a todas las personas que estén en su interior sin consentimiento del propietario, y eliminar todos los objetos materiales que se encuentran en el lugar¹⁴²³.

2.1.3.- FRANCIA

En Francia arraigaron poco las iniciativas de movilización social con ocupación de bienes inmuebles en comparación con el resto de países de su entorno europeo. Si

de ocupación a sus espaldas. Sobre todo si se trata de Ámsterdam, donde el movimiento disfruta de un halo especial". FERRER, I.: << Holanda prohíbe el movimiento "okupa" >> en *El País*, 15 de octubre de 2009. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/10/15/actualidad/1255557614_850215.html.

¹⁴²³ Cfr., MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupaciones de viviendas y de Centros Sociales. Autogestión, contracultura y conflictos urbanos...* Op. cit., Págs., 104-107; VV.AA.: *Manual delincuencia urbana. Tribus urbanas*. Ed. Publipop Libros Digitales. Humanes de Madrid, 2000. Págs., 98-99; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 23-28; OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... Op. cit., Pág., 68; VIDAL, S.: << La okupación de inmuebles: ¿un derecho o un delito? >> en *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa*. VV.AA. (Título original: "Okupacio, repressió i moviments socials". Traducido por Sonia G., Max). Ed. Traficantes de sueños, 1ª edición en castellano. Barcelona, 2000. Pág., 40; PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales...* Op. cit., Págs., 35-60;

MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A.: *Amsterdam: ¿el paraíso perdido de la okupación? (2011, July 10)*. <http://www.miguelangelmartinez.net/?Amsterdam-el-paraiso-perdido-de-la>;

MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupa y resiste. Conflictos urbanos y movimiento contracultural*. <http://www.hartza.com/okupas3.htm>;

NODO50. CONTRAINFORMACIÓN EN LA RED.: << Prohibida la okupación en Holanda >> en <http://info.nodo50.org/Prohibida-la-okupacion-en-Holanda.html>;

NODO50. CONTRAINFORMACIÓN EN LA RED.: << Holanda ilegaliza la okupación >> en <http://info.nodo50.org/El-Estado-identifica-al-okupa-como.html>.

<https://old.squat.net/es/news/amsterdam250505.html>;

<https://arquikunst.wordpress.com/2011/02/18/okupas-en-amsterdam/>;

<http://info.nodo50.org/El-Estado-identifica-al-okupa-como.html>;

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2010-320.html>.

bien, no se puede desconocer que algunos hitos pioneros del Mayo del 68 conllevaron la ocupación de Universidades como la Sorbona o el Teatro del Odéon¹⁴²⁴.

La ocupación está despenalizada, y el conflicto se resuelve por la vía civil. El Código Civil (art. 2282) protege la posesión sin considerar el fondo del derecho, contra la perturbación que la afecta o la amenaza. Igualmente, la protección posesoria está concedida al poseedor contra cualquier otra persona diversa del titular de los derechos. Se reconoce la prescripción por el transcurso del tiempo, prescribiendo todas las acciones (art. 2262), tanto personales como reales, a los treinta años sin que quien alegue la prescripción esté obligado a presentar un título o que se pueda oponer contra él la excepción deducida de la mala fe¹⁴²⁵.

¹⁴²⁴ “El 13 de mayo de 1968... Centenares de miles de sindicalistas con pancartas hechas en fábricas y en agrupaciones sindicales locales se unieron a las decenas de miles de estudiantes universitarios y de secundaria cargados con las mismas banderas rojas y negras bajo las que habían luchado en las barricadas dos noches antes. Delante de toda la manifestación había una pancarta que decía, "estudiantes, maestros, trabajadores, solidaridad". Detrás de ella, los líderes estudiantiles Cohn-Bendit, Geismar y Sauvegeot marchaban hombro con hombro con los secretarios generales de las principales federaciones sindicales, Seguy y Jeanson. Una y otra vez resonaban los cánticos: "liberad a nuestros camaradas", "la victoria está en las calles", "adiós De Gaulle" y "diez años son suficientes", señalando la extraña coincidencia con que ese día marcaba el aniversario exacto de la llegada de De Gaulle al poder. El gobierno supuso que la manifestación señalaría el fin de la agitación estudiantil. Cuidadosamente, apartó a la policía del camino, por lo que no habría más peleas alrededor de las barricadas. Pero no impidió que los estudiantes ocuparan la Sorbona esa tarde e izaran la bandera roja en el tejado... La ocupación de la Sorbona el 13 de mayo proveyó un centro de organización. Sus salas proveyeron oficinas desde donde podían trabajar los comités de acción, sus salas de conferencias eran un lugar de reunión para una asamblea diaria de delegados de muchos de los comités. Su gran anfiteatro se convirtió en espacio de debates continuos en relación a la forma de revolucionar la sociedad. Se calcula que 10.000 personas se apretujaron en un vestíbulo habilitado para una cuarta parte de ese aforo cuando el escritor y filósofo Jean-Paul Sartre habló allí. Otro centro de agitación revolucionaria, dirigida principalmente a la pequeña burguesía intelectual, se creó el 15 de mayo cuando comités de acción "cultural" ocuparon el teatro nacional de Francia, el Odéon. Dentro, una pancarta proclamaba: "cuando la asamblea nacional se convierte en un teatro burgués, el teatro burgués se convierte en una asamblea nacional". Unas 7.000 personas asistían cada día a los debates”. <http://enlucha.org/fullet/mayo-del-68-cuando-otro-mundo-fue-posible/#.VsRlxuQUXIU>.

¹⁴²⁵ Article 2282.- “*La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace. La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits*”. Traducción: La posesión está protegida, sin considerar el fondo del derecho, contra la perturbación que la afecta o la amenaza. La protección posesoria está asimismo concedida al poseedor contra cualquier otro que no sea aquel que tiene sus derechos. Article 2262.- “*Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi*”. Traducción: Todas las acciones, tanto reales como personales, prescriben a los treinta años sin que quien alegue la prescripción esté obligado a presentar un título o que se pueda oponer contra él la excepción deducida de la mala fe. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=35B4ADCE3ECFA828BA74FD09B8F5C4A3.tpdila07v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080618.

Aunque la ocupación no sea un delito, ello no implica una pasividad absoluta de las autoridades estatales y municipales ante tal fenómeno. Así las condiciones legales que afectan a toda práctica de ocupación en Francia se estructuran de distinta manera, según se trate de las primeras 48 horas, o de las posteriores.

Durante las primeras 48 horas un edificio ocupado puede ser desalojado inmediatamente por la policía si ésta tiene conocimiento del hecho. Una vez transcurrido ese tiempo, los ocupantes deben probar ante la policía que el edificio reúne las condiciones mínimas de habitabilidad (luz, agua...) sin amenaza de ruina, y demostrar que han residido allí al menos por ese breve espacio temporal. A partir de entonces, serán los propietarios del inmueble ocupado quienes deban ejercitar las acciones judiciales procedentes si quieren recuperar la posesión del edificio, o simplemente, expulsarlos. Desalojo o desahucio que no se podrá realizar durante los meses de invierno, concretamente, entre la noche del 31 de octubre, y hasta el 15 de marzo, y que puede ser prolongado por decreto gubernamental si las condiciones meteorológicas del año en particular así lo aconsejan. Una vez que exista sentencia judicial firme, si los ocupas no abandonan voluntariamente, la policía desalojará los edificios ocupados, pudiendo producirse resistencias o circunstancias que la puedan aplazar.

En ocasiones, y cuando se trata de edificios de titularidad pública las autoridades políticas logran una “legalización temporal de la okupación” mediante la firma de un acuerdo o convenio con los ocupantes de tal modo que se les permita a éstos el uso del inmueble durante un período de tiempo limitado (habitualmente, 3 años) a cambio del pago de un alquiler simbólico, muy por debajo de los precios del mercado. En el convenio se hacen constar algunas cláusulas sobre el tipo de actividades que desarrollarán los ocupas en el espacio, por lo que su incumplimiento puede dar pie a que las autoridades rescindan el acuerdo unilateralmente e inicien la vía judicial de desalojo del inmueble.

Si se trata de inmuebles de propiedad privada también puede producirse la mediación de las autoridades municipales siempre que la firma del convenio y la renta aplicada sean satisfactorias para el propietario. El aval municipal y su control sobre el tipo de uso del espacio ocupado, pueden ser suficientes garantías para un propietario

que no tuviera planes definidos para el inmueble. Estos acuerdos o convenios suelen aplicarse preferentemente a las ocupaciones que tienen como finalidad crear un centro social, cultural o artístico.

Si se trata de ocupaciones exclusivamente con fines residenciales, la intervención pública es ofrecerle a los ocupantes un “contrato de uso en precario” del inmueble, también a cambio de una renta por debajo de los precios de mercado. En definitiva, una especie de alquiler social logrado por las vías de hecho y que no ofrece muchas garantías de estabilidad a los ocupantes, pues, dependen, fundamentalmente, de los planes que tenga la propiedad (pública o privada) con respecto al edificio (su venta, rehabilitación, demolición, etc.)¹⁴²⁶.

Las autoridades suelen cerrar todas las puertas, tanto a la mediación como a la regulación, con los ocupas menos admisibles a ojos de las autoridades (pobres, inmigrantes, toxicómanos y militantes políticos radicales). Este diferente trato que dispensan las autoridades permite agrupar a los ocupas entre aquellos que adquieren un estatuto legal temporal frente a los que permanecen sin ningún tipo de acuerdo con la propiedad ni con el Estado.

También se pueden clasificar las ocupaciones por su actividad, por la composición social de sus miembros y por la gestión del espacio ocupado. Por su

¹⁴²⁶ “El Estado interviene de una manera muy intensa en la okupación, no sólo denunciando, reprimiendo o negociando, sino también “regulando” implícitamente todas las iniciativas posibles de tal forma que se formalicen temporalmente con contratos y convenios. Es una regulación implícita porque pocas veces aparece de forma manifiesta en los programas de los partidos políticos y, sin embargo, es un asunto de gestión habitual. Como excepción, la legalización del squat (es el anglicismo que se suele usar en Francia) Rivoli 59 [<http://www.59rivoli.org>], localizado también de forma extraordinaria en el centro urbano más comercial y codiciado, fue incluida entre las promesas electorales del equipo socialista que ganó las elecciones municipales de 2001, cumpliéndose después con una considerable inversión económica en la remodelación del edificio (ahora denominado “aftersquat”). La regulación, además, conlleva una inherente condición de “temporalidad” para casi todos los casos, aunque muchos convenios pueden ser renovados varias veces cada tres años. El tercer rasgo de esta particular forma de regulación es que puede integrarse en los procedimientos administrativos comunes y, por lo tanto, normalizar, institucionalizar y, en el fondo, promover la tolerancia de las okupaciones. Este es el caso de los convenios “abiertos a concurso” cuando las autoridades abren un período determinado para recibir proyectos de uso de inmueble vacío o, incluso, previamente okupado. En este caso, en lugar de sancionar a los okupantes, les obligan a competir con otros posibles usuarios del inmueble. Además, en lugar de mantener cerrado a toda costa el inmueble vacío, estimulan su uso temporal y a bajo coste para las arcas públicas, por colectivos que pueden aportar servicios relevantes para el vecindario”. MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A.: *Okupaciones en París: divisiones internas y regulación estatal*. (2013, March 31). <http://www.miguelangelmartinez.net/?Okupaciones-en-Paris-divisiones>.

actividad se dividen entre aquellos que desarrollan actividades preferentemente artísticas frente a las que desarrollan actividades políticas radicales (en el área autónoma-anarquista, en su mayoría). Por su composición social se pueden catalogar como okupas de clase media frente a grupos socialmente excluidos. Y por su gestión se pueden clasificar entre autogestión colectiva y gestión exclusiva de un pequeño grupo (asociación) o individuo promotor. En esta triple clasificación el primer grupo se corresponde con los “okupas legalizados” y la segunda con los okupas que permanecen sin ningún tipo de acuerdo con la propiedad ni con el Estado.

El movimiento de ocupaciones en París se encuentra muy fragmentado internamente entre los activistas de los distintos tipos de ocupaciones, debido a las diversas estrategias y redes sectoriales (“familias”) que se tejen en su seno. Aunque el concepto de centro social a partir de una ocupación adquiere formas muy distintas en cada una de las tendencias, se debe subrayar que en la mayoría de los casos la vivienda se combina con las actividades sociales, políticas y culturales, sin que haya mucha necesidad de ocultar esa coexistencia de usos en los edificios ocupados.

El Proyecto de Ley 2819, de 28 de mayo de 2015, propone facilitar la expulsión de los ocupantes de viviendas particulares. Así en su Exposición de Motivos se dice que el aumento del número de ocupaciones ilegales no puede dejar indiferente al legislador. Abundan los ejemplos de gente, que de vuelta de vacaciones, de un viaje de negocios o de una estancia en el hospital, no pueden volver a su casa, debido a que los ocupantes cambiaron las cerraduras. Aunque el Código Penal francés en su artículo 226.4 *sanciona con un año de prisión y multa de 15.000 euros la introducción o el mantenimiento en el domicilio ajeno con la ayuda de maniobras, amenazas, vías de hecho o coacción, fuera de los casos permitidos por la ley*, el fenómeno de casas y apartamentos ilegales crece. A pesar de la ilegalidad de la ocupación, una persona instalada en una vivienda sin permiso del propietario tiene derechos, y difícilmente se la puede expulsar sin la intervención de un juez, pues el artículo 226.4.2 sanciona con pena más grave, hasta tres años de prisión y 30.000 € de multa, la recuperación del inmueble fuera de los cauces legales¹⁴²⁷.

¹⁴²⁷ Article 226.4.- “L'introduction dans le domicile d'autrui à l'aide de manoeuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Le maintien dans le domicile d'autrui à la suite de l'introduction mentionnée au premier

El proyecto de ley referido pretende facilitar el desalojo de los ocupantes ilegales, que se extienda desde las 48 horas a 7 días. Con la legislación vigente después de un período de 48 horas la policía ya no puede proceder al desalojo inmediato de los ocupantes de la casa. Es legalmente impotente. Le corresponde entonces al propietario ir a la corte para obtener una decisión de expulsión. La finalidad del proyecto es ampliar de 48 horas a 7 días la posibilidad de la intervención policial¹⁴²⁸.

2.1.4.- ALEMANIA

Hemos de remontarnos a principios de la década de los setenta para encontrar los orígenes del movimiento okupa alemán. Ciudades alemanas como Berlín, Hamburgo o Friburgo empezaron a ser objeto de “*hausbesetzung*” (ocupación en alemán). Las primeras casas de Berlín que se hicieron famosas fueron *Georg-Rauch-Haus* y *Tommy Weissbecker-Haus*. Los pioneros de las okupaciones políticas en el país germano surgieron de los círculos estudiantiles radicales. Dos fueron los grupos predominantes: *K-Gruppen* (leninistas) y *Sponti* (antiautoritarios). Hamburgo y Frankfurt, ciudades

alinéa, hors les cas où la loi le permet, est puni des mêmes peines”. Traducción: La introducción en el domicilio ajeno con la ayuda de maniobras, amenazas, vías de hecho o coacción, fuera de los casos permitidos por la ley, serán castigados con un año de prisión y multa de 15.000 euros. El mantenimiento en el domicilio ajeno, posterior a la introducción mencionada en el párrafo anterior, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con las mismas penas. Article 226-4-2.- “*Le fait de forcer un tiers à quitter le lieu qu'il habite sans avoir obtenu le concours de l'Etat dans les conditions prévues à l'article L. 153-1 du code des procédures civiles d'exécution, à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende*”. Traducción: El hecho de forzar a un tercero a dejar el lugar que habita sin haber obtenido el concurso del Estado en las condiciones previstas en el artículo L. 153.1 del Código procesal civil de ejecución, con la ayuda de maniobras, amenazas, vías de hecho o coacción, será castigado con la pena de 3 años de prisión y 30.000 € de multa. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FDE0C3C728BDC5345FB0D83C1AA4DE5F.tpdila17v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160219.

¹⁴²⁸ Cfr., MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupaciones de viviendas y de Centros Sociales. Autogestión, contracultura y conflictos urbanos...* Op. cit., Págs., 95-97; VIDAL, S.: << La okupación de inmuebles: ¿un derecho o un delito? >> en *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa...* Op. cit., Pág., 40; OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... Op. cit., Pág., 68; <http://www.miguelangelmartinez.net/?Okupaciones-en-Paris-divisiones>; <http://enlucha.org/fullet/mayo-del-68-cuando-otro-mundo-fue-posible/#.VsRlxuQUXIU>; https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=35B4ADCE3ECFA828BA74FD09B8F5C4A3.tpdila07v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080618; https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FDE0C3C728BDC5345FB0D83C1AA4DE5F.tpdila17v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160219; <http://paris.intersquat.org/>; <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2819.asp>.

dominadas por aquel entonces por el Partido Socialdemócrata (SPD), se convirtieron en los epicentros del naciente movimiento okupa alemán.

A causa de la declaración de zonas en barrios antiguos de Berlín, como “zonas de saneamiento”, el derribo y la nueva construcción de edificios se convertía en una actividad lucrativa para los especuladores de toda la República Federal Alemana. En 1977, en el distrito de Kreuzberg, un grupo de ciudadanos participó en la elaboración municipal de un plan de desarrollo para el barrio; pero sus demandas no fueron escuchadas, lo que condujo a la ocupación de un edificio público y su inmediato desalojo y demolición del local. Este suceso dio lugar a la formación de la primera organización del movimiento de ocupación, *Besetzer*, conocida como *BI: Bürgerinitiative SO 36*, que se opuso a la especulación inmobiliaria. Tras el desalojo de los primeros edificios, no fue hasta 1979 cuando el fenómeno se reactivó entendiendo la ocupación como una estrategia de vivienda alternativa. Los primeros objetivos fueron casas afectadas por esos planes de saneamiento. Ello coincidió con la radicalización de un sector que asumió postulados anticapitalistas extremos dando origen a los autodenominados “autónomos” (movimiento autónomo). El auge definitivo del movimiento okupa tuvo lugar en Berlín durante el bienio 1979-1980.

Entre los okupas existieron dos posiciones, una que intentaba hacer política de vivienda alternativa y criticar la política oficial de vivienda, otra que se movía por la necesidad de tener una casa propia, pero al mismo tiempo incluía en la ocupación espacios colectivos para actividades diversas y/o proyectos sociales. Los jóvenes radicales, a diferencia de la no-violencia explícita de las BI (iniciativas ciudadanas), no rechazaban el uso de la violencia para impedir los desalojos. Así, las ocupaciones y desalojos que se sucedieron culminaron en batallas con la policía en las calles.

Una parte del movimiento se agrupó en organizaciones más formales, como *Stadtbau* y *Treuhand*, que conseguirían la legalización de las viviendas ocupadas, su transformación en propiedad “pública” y su cesión a sus ocupantes en forma de alquileres a largo plazo¹⁴²⁹.

¹⁴²⁹ “Sólo en Kreuzberg, Macdougall y Kuhn estiman en unas 160 las ocupaciones de aquel período. De ellas, unas 120 adquirieron posteriormente un estatuto legal y las restantes fueron desalojadas. Al menos cinco casos, como los de Naunynstrasse y Mariannenstrasse (Schokoladenfabrik), se constituyeron como

El movimiento okupa mantuvo una dinámica fluctuante hasta la concreción de una nueva etapa expansiva ocurrida en 1989 caracterizada por la coyuntura social derivada del colapso del régimen comunista germano-oriental liderado por Erich Honecker. El hecho determinante fue la caída del muro de Berlín la noche del jueves 9 al viernes 10 de noviembre de 1989.

La caída del muro tuvo consecuencias para el movimiento okupa en ambos lados de la ciudad. La emoción por el reencuentro de las familias y la eliminación de la barrera que había separado al mundo vino unida a un vacío político, una ausencia de legislación para afrontar la existencia de un Este repleto de solares desiertos y edificios deshabitados, que provocó una segunda oleada okupa a la caza de pisos vacíos, fundamentalmente, por Mitte y Prenzlauer Berg, pasando posteriormente a Friedrichshain.

Durante esta segunda oleada de ocupaciones, como indicamos antes en el epígrafe dedicado a las ocupaciones negras u ocupaciones no conformes, se gestó un fenómeno inédito convergente en el tiempo con el auge del neonazismo en la República Democrática Alemana (DDR). El 18 de febrero de 1990 diversos militantes de Nationale Alternative (NA) ocuparon dos edificios situados en los números 120 y 122

proyectos feministas y lesbianos que han perdurado hasta la actualidad. En realidad, aunque el movimiento urbano tenía por entonces una fuerza social inusitada, la mayoría de colectivos okupantes aceptaron la legalización tanto porque el nuevo gobierno conservador (desde mayo de 1981) no les daba un sólo día de respiro en la ilegalidad, como por las enormes ventajas económicas que les proporcionaba. Si los okupas negociaban un contrato adecuado con la propiedad del inmueble okupado, el gobierno de la ciudad-Estado (Stadt) les concedía amplias subvenciones para renovar el edificio: en torno al 80% a fondo perdido y permitiendo que el 20% restante se aportase en forma de trabajo por parte de los residentes. Al final, las condiciones de cada contrato dependían mucho del tipo de propietario, del estado del edificio y del vigor organizativo del proyecto de cada colectivo okupante, pero, en su mayoría, se firmaron contratos de alquiler por períodos de unos 30 años. Los problemas, por lo tanto, han arreciado cuando los contratos iban expirando y los propietarios se han negado a prorrogarlos o, incluso antes, han alegado su incumplimiento". MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A.: *Berlín 2011: ¿qué ha quedado de las okupaciones en el movimiento alternativo? (2011, April)*. <http://www.miguelangelmartinez.net/?Berlin-2011-Que-ha-quedado-de-las>. "La legalización consistió, fundamentalmente, en la transformación de los inmuebles okupados en alquileres públicos. Algunos activistas, aprovechando su aprendizaje en las okupaciones, se "institucionalizaron" constituyeron empresas de rehabilitación trabajando tanto para el ayuntamiento (siendo, pues, "cooptadas") como en el mercado. La legalización, en todo caso, abrió una división más entre sectores de activistas autónomos, pero ya hubo otras divisiones previas en ese movimiento político y, en su declive, coexistieron, a veces con enfrentamientos mutuos, inmuebles okupados ilegalmente con otros que consiguieron su legalización". MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A.: << Los procesos de institucionalización en el movimiento de okupaciones. Estrategias, discursos y experiencias >> en *Okupaciones en movimiento. Derivas, estrategias y prácticas... Op. cit.*, Pág., 70.

de la calle Weitlingstrasse del barrio de Lichtenberg, situado al este de la capital, que hacían esquina con la calle Lückstrasse. Era la primera vez que un grupo neonazi ocupaba un edificio de propiedad privada con fines políticos. A partir de entonces, Weitlingstrasse 122 se convirtió en el epicentro del activismo neonazi en Berlín Este. Nationale Alternative estableció allí su cuartel general y utilizó el edificio para impartir cursos de formación ideológica a sus militantes. Tras diversas manifestaciones de colectivos antifascistas que se oponían a su presencia en Lichtenberg, finalmente el 27 de abril de ese mismo año, tan sólo dos meses después de ser ocupado, el edificio fue desalojado por la policía.

A partir de los 90 se produce un cambio brusco en la política de actuación, surgiendo la llamada “línea berlinesa” que manifestaba que las casas serían desalojadas únicamente si no se hallase otra solución.

En la actualidad, en Berlín apenas hay ya nuevas ocupaciones pero estamos en una época en la que se suceden los desalojos de antiguas ocupaciones que han subsistido en la legalidad como “hausprojekts”¹⁴³⁰.

Kreuzberg y Friedrichshagen son todavía las zonas más populares y de mayor diversidad social de Berlín donde se habían concentrado la mayoría de hausprojekts, aunque en los últimos años su imagen multicultural y su animada vida urbana les han servido también para atraer nuevos residentes, cafés, empresas de servicios, especuladores inmobiliarios y operaciones de regeneración urbana. Es decir, que el incremento de precios y la expulsión de las clases trabajadoras, está extendiéndose

¹⁴³⁰ Las hausprojekts son casas donde se vive comunitariamente. En la actualidad, “en algunos casos ha desaparecido completamente el “habitar en común” que inspiró a casi todos los hausprojekt en sus albores. Desaparecen las cocinas y las salas comunes, se cierran con llave los pisos y, en ocasiones, se llega a adquirir individualmente la propiedad de las viviendas, olvidando toda relación con los vecinos y compañeros activistas previos... Hay cierta unanimidad en señalar a las drogadicciones como principal amenaza a la vida colectiva. Cuando se trataba de heroína, la expulsión era expedita. Sin embargo, declaran que no tienen unas normas de convivencia escritas y que tan sólo se guían por dos principios básicos: la prohibición de la violencia entre ellos y una mínima colaboración en las tareas colectivas. El consumo habitual de drogas, argumentan, suele conllevar relaciones violentas en la comunidad y, por lo tanto, no se permite que sus causantes permanezcan en ella. Limpiar baños, cocinas, escaleras y zonas comunes es algo que se consigue sin turnos fijos, con un poco de presión colectiva informal”. MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A.: *Berlín 2011: ¿qué ha quedado de las okupaciones en el movimiento alternativo?* (2011, April). <http://www.miguelangelmartinez.net/?Berlin-2011-Que-ha-quedado-de-las>.

implacable por sus calles con la consiguiente repercusión en acortar la esperanza de vida de los proyectos de vida colectiva.

El *Strafgesetzbuch* (en adelante StGB, Código Penal alemán), tipifica la ocupación junto al allanamiento, y contiene una condición de procedibilidad, pues, el delito sólo se persigue a instancia de parte (*Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt*), pero no lo convierte en un delito privado por lo que no tienen relevancia para el delito ya consumado las conversaciones que el titular mantenga con los ocupantes para encontrar una solución al problema. En España no se contiene ninguna condición de procedibilidad, aunque en la práctica “existe”, pues, difícilmente se seguirá un procedimiento por usurpación impropia sin la iniciativa de quien alega que se obró contra su voluntad. Sólo la conversión de estos delitos en privados, con plena eficacia del perdón como causa de extinción de la responsabilidad criminal, permitiría que tengan plena virtualidad los acuerdos que alcancen ocupantes y propietarios.

Se tipifica en el artículo 123 StGB con penas de prisión de hasta un año o con pena de multa, *la irrupción antijurídica* en la vivienda, en los locales comerciales, o *en la posesión acotada de otro*, o en los espacios cerrados destinados al servicio público o al tráfico, así como la permanencia sin autorización en dichos lugares cuando el sujeto no se aleja de ellos al ser requerido por quien le asiste derecho. Si bien, el emplazamiento sistemático de la ocupación de viviendas o edificios vacíos no se verifica como en el Código Penal español entre los delitos contra el patrimonio, sino en la Sección 7ª (Siebenter Abschnitt) que tiene por rúbrica “Delitos contra el orden público” (Straftaten gegen die öffentliche Ordnung). En esta Sección, el StGB agrupa diversas figuras delictivas como la formación de grupos armados, formación de asociaciones criminales y terroristas, la sedición, la incitación al delito, el uso ilegítimo de títulos, cargos e insignias, la simulación de delitos...¹⁴³¹.

¹⁴³¹ Strafgesetzbuch (StGB) § 123 Hausfriedensbruch.- “(1) Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Traducción: (1) Quien irrumpe antijurídicamente en la vivienda, en los locales comerciales o en la posesión acotada de otro, o en los espacios cerrados destinados al servicio público o al tráfico, o quien permaneciendo allí sin autorización no se aleja al ser requerido por el legitimado para ello, es castigado con pena de prisión de hasta un año o con pena de multa. (2) El delito sólo se persigue a instancia de parte. <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>.

Dividida se halla la doctrina en cuanto al bien jurídico protegido en este tipo penal. Conviene no olvidar la faceta extrapatrimonial de estas conductas. Un sector pretende encontrar un bien jurídico amplio, que englobe todos los supuestos previstos en el artículo 123. Otros prefieren identificar y diferenciar los diversos bienes jurídicos afectados en cada supuesto del artículo 123. Los primeros conciben que el bien jurídico protegido es el derecho doméstico (Hausrecht). Hablan de un fragmento localizado de esfera de libertad (referido, no a la libre actuación positiva en el mismo, sino a la protección frente a terceros) o de una territorialidad asegurada físicamente (sin que sea necesario manifestar ese acotamiento a través de elementos físicos). Los segundos, y en relación a la entrada en la posesión acotada, que es donde se sitúa la ocupación de viviendas o edificios vacíos, afirman que es un delito contra la paz; protegiéndose a su titular un espacio libre para su desarrollo y descanso individual en el supuesto de vivienda (wohnung).

La posesión acotada se contrae a bienes inmuebles, aunque indirectamente se protejan los muebles que se hallen en su interior. El “acotamiento” no requiere de ningún elemento físico (particular protección física), ni que los accesos se encuentren cerrados efectivamente, ni que puedan serlo. Basta que las condiciones externas del inmueble reflejen la condición contraria del dueño a la entrada de cualquier persona. Nadie está autorizado, en esas condiciones, a entrar en el inmueble (casas o edificios vacíos), ni siquiera los que van a ser demolidos.

La Ley Fundamental de Bonn entre sus derechos fundamentales (*Die Grundrechte*), en el artículo 14 garantiza “la propiedad y el derecho de herencia”. Estableciendo, asimismo, que “su contenido y los límites son determinados por las leyes”. Análogamente a la regulación española (art. 33 CE) se dispone igualmente que “La propiedad obliga. Su uso también debe servir al bien público”. Tales disposiciones serán la base del oportuno desarrollo legislativo, pero no pueden servir para situar estos

objetos en un espacio extrajudicial como presas fáciles de cualquier individuo y como menoscabo del derecho de propiedad¹⁴³².

El tipo objetivo se construye sobre la acción *eindringen*, que significa entrar, penetrar, adentrarse, irrumpir, invadir, colarse. Tal conducta ha de hacerse contra la voluntad de su titular, pues, en otro caso no habría delito. El delito se comete aunque la invasión sea clandestina o sin tener que superar obstáculos físicos. No es necesaria la permanencia en el inmueble entendiéndose consumado con la mera entrada en el mismo. Esta es la idea que nosotros sostenemos para la ocupación pacífica del artículo 245.2 del Código Penal al afirmar que para considerar que exista ocupación, basta con que se penetre en el inmueble que no es propio, o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida y; que con esa conducta se perturbe a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo. Nos remitimos a lo ya expuesto sobre la diferencia entre ocupar y usurpar¹⁴³³.

Al igual que en el Derecho español, la segunda modalidad delictiva, la construida sobre la oposición al requerimiento para desalojar el inmueble, se configura como un delito de omisión, y su alternatividad impide acudir a esta segunda modalidad cuando el destinatario de la orden de desalojo es un intruso, autor de la primera

¹⁴³² I. Die Grundrechte. Artikel 14.- “(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen”. Traducción: I. Los derechos fundamentales. Artículo 14.- (1) Se garantizará la propiedad y el derecho de herencia. Su contenido y los límites son determinados por las leyes. (2) La propiedad obliga. Su uso también debe servir al bien público. (3) Se permite la expropiación sólo por el bien público. Sólo se puede ordenar por o en virtud de una ley que determina la naturaleza y el alcance de la indemnización. La compensación se determinará teniendo debidamente en cuenta los intereses del público y las partes interesadas. En caso de controversia debida a la cantidad de compensación cabe recurrir ante los tribunales ordinarios. https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122.

¹⁴³³ Por ocupar no podemos entender despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica, pues, ello sería reiterativo, ya que ocupar, así entendido, no sería sino usurpar el derecho de propiedad, de usufructo... del titular correspondiente para subrogarse en los efectos de una titularidad ajena. Ocupar implicaría una mera perturbación en el uso o disfrute del inmueble, sin ánimo de poseer la cosa como propia; mientras que usurpar significaría atribuirse la titularidad de un derecho real sobre un inmueble. *Vid.*, HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.*, Págs., 80-84.

modalidad. Se puede hablar de una subsidiaridad comisiva (aunque en sentido distinto al del concurso de leyes).

En ambos casos se exige dolo que puede ser tanto directo como eventual. En la primera modalidad debe abarcar el conocimiento de actuar contra la voluntad del titular y en el segundo el conocimiento de la orden de desalojo.

Como en el artículo 245.2 del Código penal español, los tipos del artículo 123 no son de propia mano. Cabe la inducción, la autoría mediata y la complicidad en personas que no llegan a penetrar en el recinto protegido.

El artículo 124 del StGB recoge un tipo agravado sancionado con penas de hasta dos años de prisión o con pena de multa; si bien, limitado a algunos de los supuestos del artículo 123. Quedan fuera de la previsión legal la permanencia contra la orden de desalojo y las irrupciones en espacios cerrados destinados al tráfico. Se conserva la referencia a la *posesión acotada*. Junto a la protección patrimonial inmobiliaria se salvaguarda la seguridad pública.

La agravación exige que se forme públicamente una multitud e irrumpa en los espacios protegidos con la intención de realizar actos violentos contra las personas o las cosas, uniendo las fuerzas. En el Derecho español no se recoge ningún subtipo agravado por el carácter multitudinario de la ocupación¹⁴³⁴.

La multitud ha de formarse públicamente. En la misma puede integrarse cualquiera. No se precisa organización alguna, basta el comportamiento tumultuario. El elemento intencional de realización de actos violentos, ya sea contra las cosas o las personas, ha de entenderse limitado al espacio protegido y proyectarse más allá de la

¹⁴³⁴ Strafgesetzbuch (StGB) § 124 Schwerer Hausfriedensbruch.- “Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und in der Absicht, Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten Kräften zu begehen, in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, so wird jeder, welcher an diesen Handlungen teilnimmt, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft”. Traducción: Si se forma públicamente una multitud e irrumpa antijurídicamente en la vivienda, en los locales comerciales o en la posesión acotada de otro, o en los espacios cerrados destinados al servicio público, con la intención de realizar actos violentos contra las personas o las cosas, uniendo las fuerzas, se castiga con pena de prisión de hasta dos años o con pena de multa a todo aquel que participe en estas acciones. <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>.

entrada misma. No existirá, pues, esta cualificación si la violencia o fuerza en las cosas se emplea únicamente para lograr el acceso al inmueble. Asimismo, el elemento intencional de realización de actos violentos debe concurrir en el momento de la intromisión. El elemento intencional parece apuntar hacia el dolo directo¹⁴³⁵.

2.2.- Mínima intervención del Derecho Penal: ¿ilícito civil? o ¿ilícito administrativo?

Los partidarios de la no intervención penal ante el “movimiento okupa”, sostienen que estamos ante un delito de nuevo cuño, introducido por el CP de 1995 cuya necesidad político-criminal es más que dudosa¹⁴³⁶.

¹⁴³⁵ Cfr., BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995...* Op. cit., Págs., 23-28; MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupaciones de viviendas y de Centros Sociales. Autogestión, contracultura y conflictos urbanos...* Op. cit., Págs., 100-104; VV.AA.: *Manual delincuencia urbana. Tribus urbanas*. Ed. Publicep Libros Digitales. Humanes de Madrid, 2000. Págs., 99-100; OLIVAS DÍAZ, A.: << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >>... Op. cit., Pág., 68; VIDAL, S.: << La okupación de inmuebles: ¿un derecho o un delito? >> en *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa...* Op. cit., Pág., 40; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales...* Op. cit., Pág., 122; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Págs., 901-915; PRUIJT, H.: << Okupar en Europa >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales...* Op. cit., Págs., 35-60; MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A.: *Berlín 2011: ¿qué ha quedado de las okupaciones en el movimiento alternativo?* (2011, April). <http://www.miguelangelmartinez.net/?Berlin-2011-Que-ha-quedado-de-las>; MONSALVE ROMÁN, W.: *Movimiento okupa: Praxis, redes sociales y formas de acción colectiva*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Sociología. Escuela de postgrado. Santiago-Chile, 2013. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130699/TESIS%20MAGISTER%20SOCIOLOGIA%20MOVIMIENTO%20OKUPA.%20PRAXIS,%20REDES%20SOCIALES%20Y%20FORMAS%20DE%20ACCI%C3%93N%20COLECTIVA.pdf?sequence=1>; MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: *Okupa y resiste. Conflictos urbanos y movimiento contracultural*. <http://www.hartza.com/okupas3.htm>; <http://www.guisanteverdeproject.com/2014/06/berlin-contracultura-streetart-y-okupas.html>; <http://www.sindominio.net/labiblio/web1/doc/okuberlin.htm>; <https://carlesvinyas.wordpress.com/2011/04/12/okupasneonazis/>; <http://berlunes.com/berlin-esta-postokupada>; <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>; https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122.

¹⁴³⁶ “El delito es el acto injusto (*Unrecht*) sancionado con una pena por el Estado. El concepto de lo injusto desarrollado hasta aquí, considerado como acto contrario al derecho y culpable, encuentra aplicación en todas las ramas del Derecho. Entre todas las especies de lo injusto se destaca claramente lo injusto *penal*, el delito, por su consecuencia jurídica peculiar: la pena. Pero la pena y la obligación de reparar (que es la consecuencia civil de lo injusto) no se excluyen; ambas pueden asociarse simultáneamente al mismo hecho. Resultan de aquí tres posibilidades: a) El orden jurídico puede contentarse, como ordinariamente ocurre en el caso de incumplimiento de obligaciones contractuales, con la consecuencia civil de lo injusto. b) Puede asociar al mismo hecho, como en caso de usura, homicidio, secuestro, etc., tanto la consecuencia civil de lo injusto, como la consecuencia penal. c) Puede, también, conminar con una pena, tan sólo, y hacer abstracción de la obligación de reparar; *debe* hacerlo así cuando, como en el caso del delito de riesgo (*Gefährdungsdeltikt*) no se produce ninguna clase de daño; y *puede*

Señalan además que aunque los “okupas” puedan suponer una molestia, por regla general este tipo de conductas tiene lugar en edificios abandonados por sus moradores o propietarios; y no es más que una manifestación de “cultura alternativa”, lo cual siempre, si es ejercido sin violencia o intimidación sobre las personas, puede suponer unas gotas de heterodoxia o, simplemente, diversión, a la vida ordinaria de suyo asaz y gris¹⁴³⁷.

hacerlo, cuando el daño inmaterial producido (como, por ejemplo, en el caso de la injuria) no le parece propio de ser reparado por una indemnización en metálico. Más cuando se dan hechos que traen consigo tanto la consecuencia penal de lo injusto, como la civil, se tiene, pues, la prueba de que el delito y la infracción civil es imposible que puedan ser dos conceptos excluyentes, y más bien el delito se distingue de lo injusto meramente relativo al Derecho civil, tan sólo por diferencias cuantitativas. Un examen más atento demuestra que el Estado aplica siempre la consecuencia penal de lo injusto, allí donde la civil (ejecución forzosa, restitución, indemnización) no le parece suficiente para reprimir lo injusto. Así ocurre: a) Cuando, como en el robo, etc., el autor, sin recursos la mayor parte de las veces, rehúsa el cumplimiento de la obligación de reparar. b) Cuando, como en el caso de homicidio, violación, etc., la indemnización civil no puede constituir la reparación de la perturbación jurídica. c) Cuando el orden jurídico atribuye (tal vez de un modo completamente erróneo) a un bien jurídico atacado un valor especialmente alto y quiere expresar, por tanto, la desaprobación del ataque en forma particularmente enérgica. d) Cuando la frecuencia de la agresión, el incremento de ciertos delitos (falsificación de substancias alimenticias, movimientos subversivos, usura, etc.) hacen sentir la necesidad de crear una contrapartida suficiente, por medio de una rigurosa amenaza penal. El delito, definido según su contenido, es, por tanto, el ataque a los intereses jurídicamente protegidos, especialmente peligroso, a juicio del legislador, para el orden jurídico existente”. VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo segundo...* Op. cit., Págs., 442-444.

¹⁴³⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español. Parte especial*. Ed. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2010. Pág., 445. “Elevar a categoría de delito la ocupación pacífica de inmuebles vulnera los principios político-criminales de intervención mínima, el carácter fragmentario y de última “ratio” del Derecho Penal..., resulta innecesaria su incorporación a la legislación penal en virtud de la suficiente protección que se otorga a los inmuebles en el ámbito de la Legislación Civil y es allí donde deben resolverse estas cuestiones”. BARBER BURUSCO, S.: << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >>... Op. cit., Pág., 5. “Desde que esta figura delictiva llegó al Código un amplio sector de la doctrina ha venido a plantear la necesidad de su existencia, en la medida en que civilmente ya se ofrece al propietario instrumentos legales (esto es, acciones para recuperar la posesión de la que es privado mediante el acto de ocupación, art. 348, párrafo 2º CC) suficientemente eficaces para reponer las cosas a su estado anterior”. ACALE SÁNCHEZ, M.: << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) 2.- Usurpación >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). Ed. Iustel, 1ª edición. Madrid, 2011. Pág., 348. En esta línea de oposición a la tipificación de la ocupación pacífica, máxime si se trata de inmuebles que no se encuentran en condiciones de ser habitados, Vid., ROCA AGAPITO, L.: << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Págs., 199-200; SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A.: << Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Dykinson, 16ª edición. Madrid, 2011. Pág., 409; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013. Pág., 397; BRAGE CENDÁN, S.B.: << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*. La Ley. Revista mensual de actualidad para profesionales. Año 3. Nº 27, Septiembre, 2002. Pág., 27; BAUCCELLS I LLADOS, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

2.2.1.- PERTURBACIÓN ILEGÍTIMA DE LA POSESIÓN INMUEBLE. ¿ILÍCITO CIVIL?

Afirma la doctrina que “en el delito de usurpación de bienes inmuebles tenemos el clásico supuesto de tipo penal que se encuentra en "tierra de nadie", por así decirlo. Son tipos que tienen su origen en un ilícito civil y que posteriormente el legislador ha considerado, por motivos de política jurídico criminal, oportuno el tipificarlos. Es indudable que el legislador tuvo en mente el fenómeno de los "okupas" a la hora de incluir esta conducta en el Código Penal; sin embargo..., no nos encontramos ante un delito *ad hoc* en su naturaleza que penalice únicamente a este colectivo, cosa que sería bastante dudosa, ya que nuestro Derecho Penal no es de autor, sino de actividad. Por lo tanto, hay que contemplar este delito como un complemento a la protección civil que se da a la posesión y al resto de los derechos inherentes al dominio... En resumen, estamos ante un delito que proviene de una infracción de tipo civil que ya contaba con sus propios medios de tutela frente a las intromisiones ilegítimas contra la propiedad y la posesión. El delito tipificado en el artículo 245.2 cumple... una función de prevención general, más que de prevención especial en concreto, habida cuenta de la levedad de sus penas. Esto quiere decir que el legislador, al incluirlo en el Código Penal de 1995 ha puesto un "plus" de desvalor sobre dicha conducta, que durante los años 80 y 90 adquirió especial virulencia en España”¹⁴³⁸.

Se trata, pues, de un delito que está en la frontera del ilícito civil, ámbito en el cual tiene su origen esta conducta, y para la cual existen los siguientes remedios en el orden jurisdiccional civil¹⁴³⁹:

¹⁴³⁸ GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español... Op. cit.*, Págs., 29-31.

¹⁴³⁹ “El problema principal es común a los tres procesos, y no es otro que el de la identificación de los demandados. La respuesta según nuestro criterio debe ser la de permitir la citación de los "ignorados ocupantes del inmueble X", salvo que,... pueda identificarse de alguna forma a un grupo o colectivo. Lógicamente, es necesario acreditar que nos encontramos ante una de estas situaciones y el Juzgado, por medio de la Oficina Judicial, tendrá que efectuar las comprobaciones oportunas al intentar el emplazamiento de los demandados, puesto que en estos casos la notificación se hará en el mismo inmueble. Pero de resultar negativa ésta, y sin perjuicio de otras averiguaciones que puedan efectuarse, debe proceder la comunicación edictal al amparo de lo dispuesto en el art. 164 LEC. Las estrategias de estos movimientos son variadas; así, por ejemplo, evitan la notificación por cualquier medio; solicitan asistencia jurídica gratuita días u horas antes de la celebración del juicio; alegan indefensión de otros ocupantes no comparecidos y que sí dicen tener título; proceden a la sustitución de los ocupantes emplazados que ya no se encuentran en el inmueble por otros, etc. Ciertamente es que el art. 399.1 de la LEC establece la necesidad de consignar los datos y circunstancias de identificación del demandado, pero también lo es que la jurisprudencia ha admitido plenamente la demanda contra "los ignorados herederos de X" y que, por otro lado, se cumple con lo exigido en el art. 155, al que se remite aquél, puesto que el

domicilio de los demandados está perfectamente identificado, sin que por esta razón pueda invocarse indefensión. El problema es que, ante estas situaciones, los juzgados no saben qué hacer, incluso pueden desestimar la demanda por no figurar el demandado, o aun cuando admiten la fórmula indicada, niegan el emplazamiento por medio de edictos... Especial mención merecen aquellos casos en los que los okupas constituyen algún tipo de grupo o colectivo, que incluso a veces figura en pintadas del propio inmueble. En estos casos,... permite perfectamente dirigir la demanda contra los mismos". DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.: << ¿Qué hacer ante los okupas? >> en *SepínNET revista. Arrendamientos Urbanos*. Nº 282. Julio-agosto, 2007. Ed. Sepín. Págs., 15-16. "En los supuestos de demandas contra "ocupas", la jurisprudencia ha tenido que solucionar el procedimiento de identificación de la parte demandada. Evidentemente el movimiento "ocupa" no funciona con una identificación subjetiva definida. Como colectivo, en multitud de ocasiones no aparece con una identificación clara, y como sujetos individuales, éstos van cambiando, produciéndose la entrada y salida en la ocupación del inmueble por sujetos que, de ser demandados individualmente, podemos encontrarnos con que en la fecha del juicio ya no ocupa el demandado sino otro que comparecería en fechas próximas al juicio, y así sucesivamente hasta el absurdo. La SAP de Girona, Sección 2ª, de 7 de mayo de 1998, resuelve la cuestión de la legitimación pasiva, con la aplicación del art. 7.3 de la LOPJ. En la referida sentencia se demandó a las personas que giraban o actuaban bajo el nombre de "Casal Popular La Maret" por constar esa identificación en la finca. En el proceso, la demandada alegó falta de legitimación pasiva al carecer de personalidad propia, al ser ésta una mera identificación de un colectivo de personas que debían ser demandadas individualmente, al no guardar relación entre ellas, ni entre éstas y el mencionado "Casal Popular". La Audiencia Provincial de Girona rechaza tal argumentación al aplicar la LOPJ, que en su art. 7.3 reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones, o grupos que resulten afectados, a fin de proteger los intereses colectivos e incluso los difusos, potenciando así la legitimación al admitir la intervención, activa o pasiva, en el proceso de personas o incluso grupos que mantengan una relación con el objeto de la litis, reputada legalmente suficiente para que comparezcan en la causa. Esta sentencia viene a intentar identificar al movimiento como *entes o uniones de facto* que sin una estructura orgánica reglada responden a unos mismos parámetros en la ocupación del inmueble, y que pueden llegar a denominarse asociación, centro o asamblea. La sentencia desestima la falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues al actuar los componentes del "Casal" de forma asamblearia y sin estructura jerárquica, puede comparecer en juicio representado por cualquiera de ellos a quien se otorgue facultad de gestión, que allí se dio al entregar a la compareciente "los papeles" con la lógica finalidad de intervenir para la protección de los intereses del grupo. La innecesariedad de demandar a cada uno de los integrantes en la ocupación es proclamada por dicha sentencia al referirse a: "... no es suficiente la existencia de un simple interés en el resultado del litigio, para que haya que demandar a todos los que puedan estar afectados por el mismo, ya que se trata de un resultado reflejo que no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario...". Criterio éste además mantenido en las SSTs 26 de marzo de 1991, 25 de febrero de 1992 y 3 de noviembre de 1994. Establece la citada sentencia que, en ese caso, puede comparecer en juicio la parte demandada representada por cualquiera de los ocupantes a quien se le otorgue la facultad de gestión, por lo que se evitan las imperfecciones del proceso que podrían producirse al abandonar la ocupación un miembro subjetivo identificado o entrar en ésta otro sujeto que comparezca en el proceso pocos días antes de la fecha señalada para el juicio. De otro modo, nunca podría celebrarse juicio oral, si en los inmediatos días anteriores a éste, compareciera en el proceso un nuevo miembro "ocupa" que manifiesta tener interés en el pleito y solicita se le considere parte demandada. Conclusión a la que también llega la SAP de Palencia de 19 de diciembre de 1995... Ahora, con esta solución jurisprudencial, al entender a la parte demandada como *"ente o unión de facto"*, cualquier modificación o variación en sus miembros no tiene efectos dilatorios ni suspensivos en el proceso, considerándose el emplazamiento efectuado suficiente para que comparezcan en el juicio oral los que manifiesten tener interés. La Audiencia Provincial de Girona, en la sentencia referida entiende que no se produce indefensión en esta forma de notificación "genérica" al quedar garantizados los principios de contradicción, audiencia y defensa, por lo que la citación al colectivo ha de considerarse plenamente eficaz al llegar a su destinatario, al ser entregada y recibida por uno de los usuarios, poseedores y ocupantes del inmueble identificado en la diligencia, que se encontraba en el mismo, cumpliéndose así la finalidad de dicha diligencia de citación. En estas actuaciones se demandó nominalmente a un "Casal" por aparecer esta identificación en la finca. En caso de que el colectivo "ocupa" no aparezca identificado cabe la citación y emplazamiento a los "ignorados ocupantes". La designación de "ignorados ocupantes" y el emplazamiento de éstos en la finca ocupada o incluso mediante edictos en la puerta de entrada en la finca, caso de negarse a su recepción, cumple con el mandato al actor que impone el art. 155 de la LEC. En efecto, ciertamente en determinadas ocasiones, aunque la Ley no lo imponga de modo expreso y a fin de que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida, es necesario e imprescindible que el actor dirija su demanda contra todos los que

A) *Asimilación del okupa al precarista*

Se le pasaría a considerar al okupa como un precarista, existiendo una protección jurídico-civil suficiente para salvar el patrimonio inmobiliario a través del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley y Reglamento Hipotecario, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos, y Ley de Propiedad Horizontal¹⁴⁴⁰.

tengan evidente y legítimo interés en la acción ejercitada y puedan, como consecuencia de ello, resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, ya que de otra forma o la ejecución del fallo resultaría imposible o de él podrían desprenderse efectos contradictorios para los interesados, o en último término se conculcaría el principio general del derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Ello no ocurre en el caso de emplazamiento a "ignorados ocupantes", como tampoco lo es a "ignorados herederos", admitiéndose por la jurisprudencia tal identificación como parte demandada, posibilitando tras el emplazamiento que se identifiquen algunos ocupantes que quieren ser parte individualizada, codemandada siempre con los "ignorados ocupantes". De esta forma se permite la asistencia al proceso de forma individualizada, pero se impide que el cambio de sujetos ocupantes derive en una continua suspensión del procedimiento por este concepto. Y ello por cuanto los "ignorados ocupantes" siempre serán parte codemandada, habilitando cualquier nueva entrada en la finca ocupada sin que ello motive nuevo emplazamiento. Ello es admitido por la SAP de Barcelona, Sección 4.ª, de 31 de mayo de 2002, en la que los "ignorados ocupantes" de los pisos ocupados fueron citados mediante edictos y a través del sistema edictal les fueron comunicadas todas las resoluciones recaídas en el procedimiento; admitiendo finalmente la sentencia el desahucio contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca; doctrina recogida posteriormente en la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Esplugues de Llobregat (Barcelona) en el juicio verbal 466/2005. Nuevamente, en una sentencia más reciente, la dictada por la Sección 13ª, de la AP de Barcelona, el 15 de julio de 2008,... rollo 909/2007, se admite el emplazamiento y citación a los ignorados ocupantes. La sentencia de la Sección 13ª, de la AP de Barcelona, en su Fundamento de Derecho Tercero, adopta el art. 437 de la LEC como habilitador del emplazamiento de los ocupantes mediante el emplazamiento a los "ignorados ocupantes", al permitir este artículo que al establecer los datos a consignar en la demanda no hayan de relacionarse forzosamente los nombres y apellidos de los demandados; lo cual además ya venía siendo reconocido por el TS (sentencias 15 de noviembre de 1994, 1 de marzo de 1991). Basta, pues, cualquier circunstancia que permita la identificación del demandado". MARTÍ MARTÍ, J.: << Proceso de desahucio frente a los colectivos "okupas" >> en *Diario La Ley*, N° 7442, Sección Tribuna, 9 de julio de 2010, año XXXI. Editorial La Ley. Págs., 5-6; MARTÍ MARTÍ, J.: << Los colectivos "okupas" y la respuesta del Derecho Penal >> en *Diario La Ley*, N° 7556, Sección Tribuna, 27 de enero de 2011, año XXXII. Editorial La Ley. Págs., 1-2.

¹⁴⁴⁰ "En los tiempos actuales ha surgido un nuevo fenómeno consistente en la ocupación de fincas urbanas, sin causa legal que lo justifique que rompe, igualmente, con los esquemas clásicos, pues el desahucio está pensado para desalojar a quienes, inicialmente, ocupaban la finca con un título legítimo, arrendamiento generalmente, aunque luego devenga ineficaz (resolución contractual) o, al menos, por mera tolerancia o liberalidad del dueño (precario). Sin embargo, en estos casos la ocupación se produce contra la voluntad del dueño, o sin su consentimiento, ni siquiera tácito. Estas conductas exceden el ámbito civil y revisten, en realidad, carácter delictivo, por lo que el desalojo ordenado y efectuado por la autoridad judicial no debe plantear jurídicamente ningún problema". IBARRA SÁNCHEZ, J.L.: << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley*, N° 7305, Sección Dossier, 17 de diciembre de 2009, Año XXX. Editorial La Ley. Pág., 6. "No parece sino una crisis del sistema, entendiendo como tal el poder legislativo y judicial, que la entrada incontestada de unos sujetos en bien ajeno, su ocupación con privación de los derechos del propietario, y su ocupación continuada fraudulenta y sin motivo, no pueda ser respondida sino con unos mecanismos legales que se equiparan al que obtuvo la posesión del bien de forma legítima... La desocupación del bien por el movimiento "ocupa", por los cauces legales previstos, no guarda diferencias con el cauce a aplicar al que obtuvo la posesión del bien por el permiso inicial del propietario: el precario. Y esta situación, a nuestro entender, no puede sino considerarse como una crisis de nuestro cuerpo legal, que equipara el precarista al "ocupa" sin pensar que el legislador del Código Civil, cuando ideó el

régimen del precario, era para diferenciarlo del arriendo, pero no para equipararlo a la ocupación contra la voluntad del propietario”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Desahucio por precario contra el movimiento “ocupa” >> en *Diario La Ley*, Nº 6446, Sección Doctrina, 22 de marzo de 2006, año XXVII. Editorial La Ley. Pág., 2. “A primera impresión, puede parecer dudoso que el concepto “precario” pueda servir para la calificación de la ocupación por parte de estos colectivos de las viviendas cuya posesión adquieren a la fuerza, rompiendo las cerraduras, alterando los suministros para su conexión ilícita, etc. Este autor, coincide con los que puedan entender que el concepto de precario no fuera ideado para la ocupación “con apariencia de actuación delictiva”. Y ello por cuanto el precario, encuadrado en el art. 1750 CC, nace de una premisa muy distinta a la de la “ocupación”, cual es el permiso inicial del dueño de la finca a la posesión de otro. La gran diferencia del precario con la ocupación, es que en el primero es el dueño el que autoriza la entrada a la vivienda y su ocupación, sin pago de contraprestación o merced; en el concepto originario de precario se cede el disfrute de la finca por mera liberalidad y derivado (normalmente) de vínculos de parentesco, amistad, favor o benevolencia, siempre desligados de cualquier finalidad lucrativa por parte del cedente. En la “ocupación” por estos colectivos, el dueño no sólo no autoriza a la entrada en la finca por parte del ocupante, sino que además ésta se produce en ocasiones mediando fuerza en las cosas... la modernización del concepto se basa en que puede entenderse como precario la apropiación de la posesión por parte del demandado; es decir, no sólo la ocupación del inmueble sin ningún otro título que la mera tolerancia del dueño o poseedor, sin pagar renta o merced, sino que también tendrá aquel carácter, el que invoca un título ineficaz. En nuestro caso no sólo ineficaz, sino fraudulento”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Proceso de desahucio frente a los colectivos “ocupas” >>... *Op. cit.*, Págs., 4-5. “Deberían considerarse los juicios de desahucio por precario contra “ocupas” como lo que son y no con la completa equiparación a los juicios de desahucio por precario. Esta diferenciación debería trasladarse al diferente impulso judicial en sus trámites, y al diferente tratamiento de la ejecución provisional de sentencias. Y ello por cuanto, de otro modo, estaríamos ante una perversión del proceso, una utilización torticera y desnaturalizada del proceso civil y, al fin y al cabo, en una crisis de nuestro sistema que se trasladaría a otros casos en los que las sentencias son justificadas, pero de difícil comprensión ciudadana”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Proceso de desahucio frente a los colectivos “ocupas” >>... *Op. cit.*, Pág., 9. “La gravedad de los sucesos acaecidos en nuestro país y causados por los colectivos “ocupas” nos posicionan en el derecho continental como uno de los países con mayor permisividad hacia éstos. Permisividad que, evidentemente, se traduce en el efecto “llamada” a colectivos “ocupas” de otros países, además de comportar ser un “terreno abonado” para los colectivos que surgen en nuestro país. El proceso civil de desahucio por precario se dilata en el tiempo, tanto como se dilata el abuso de esos colectivos y se dilata el daño para la propiedad de los mismos. Un sistema legal, a nuestro entender, no se basa en la protección de un derecho remitiendo a una jurisdicción u otra, sino por aplicar la más efectiva hacia el perjudicado... algo que no ocurre con la ocupación incontestada de bienes no susceptibles de ser habitados (Masías, locales comerciales, y edificios abandonados). Y esta protección no se da restringiendo la interpretación del art. 245.2 CP que, al fin y al cabo, se refiere a “el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada”, por tanto, el tipo penal incluye toda protección del inmueble ajeno, sin diferenciar los dos supuestos a que se refiere este artículo [en condiciones de ser habitado y de no ser habitado]. Cuando esta diferenciación no se produzca, se estará a la altura de lo que la sociedad exige a la Justicia, esto es, la protección frente a los atentados a la propiedad y a los derechos de los ciudadanos”. MARTÍ MARTÍ, J.: << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley*, Nº 7999, Sección Tribuna, 11 de enero de 2013. Editorial La Ley. Págs., 11-12. Para MAGRO SERVET la vía civil sería aplicable cuando los moradores pudieran acreditar un derecho posesorio, y la vía penal (y adoptar medidas cautelares de expulsión) cuando se compruebe que no existen datos objetivos que hagan dudar de la corrección del hecho posesorio. “Ahora bien, es preciso concretar que solo se acudirá a la vía penal en casos claros de ocupación ilegal, no cuando se trate de supuestos en los que los moradores puedan acreditar, de alguna manera, un derecho posesorio, lo que llevaría al denunciante a tener que acudir a la vía civil para interponer una demanda de precario”. MAGRO SERVET, V.: << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Nº 85, septiembre de 2011, Año 8, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer. Pág., 90. “El movimiento de llevar a cabo la ocupación ilegal de una vivienda sin ningún título que lo habilite es una cuestión que debe resolverse en la vía penal, ya que no se trata de un conflicto relativo a un posible precario que daría lugar al ejercicio de una acción civil y se sometiera a controversia la cuestión relativa a si existe un título en el ocupante que le habilite para el uso del inmueble, sino que se trata de una ocupación por la fuerza o sin ella, pero sin la autorización del propietario y con claros síntomas de permanencia. Además, está perfectamente tipificado en el art. 245.2 CP”. MAGRO SERVET, V.: << Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las

B) Protección civil a través del Registro de la Propiedad (acción real registral del artículo 41 LH)

Además, y siguiendo con dicho razonamiento, para los bienes inmuebles existe la posibilidad de inscripción de “*los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*” en el Registro de la Propiedad (art. 1 LH), lo que ofrece una publicidad oficial de la situación jurídica de los mismos, tratando con ello de dar fijeza y seguridad al tráfico jurídico, tanto para el adquirente de buen fe, como para aquellas personas que figuren inscritas como sus titulares. El Ordenamiento Jurídico ofrece a éstos últimos la posibilidad de hacer valer su derecho inscrito a través del juicio verbal frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio (art. 41 LH y 250.1.7 LEC), sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación¹⁴⁴¹.

C) Relaciones jurídico-reales no inscritas o no inscribibles (acciones posesorias y petitorias)

Para las relaciones jurídico-reales no inscritas o que no pueden llegar a inscribirse (posesión no basada en la titularidad de un derecho real, la del mero

comunidades de vecinos. ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u ocupación de viviendas y los enganches ilegales de luz a vecinos? >> en *Diario La Ley*, N° 8225, Sección Tribuna, 9 de enero de 2014. Año XXXV. Editorial La Ley. Pág., 4.

¹⁴⁴¹ Artículo 41 de la Ley Hipotecaria: “*Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente*”. Dispone el artículo 250.1.7º de la LEC: “*Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 7º.-Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación*”. “De modo, pues, que quien tenga registrada a su nombre una finca que posee otro (o que aun poseyéndola aquél, padece perturbaciones en su posesión), sin que aparezca que este otro esté facultado para ello..., puede recobrarla (o conseguir que cese la perturbación) por el sólo hecho de tenerla inscrita a su nombre (Y, naturalmente, sin perjuicio de que el poseedor vencido pueda discutir, en el juicio que corresponda, su derecho a poseerla por razones que no consten en el Registro, y obtener así, de nuevo, la posesión de que se le privó), ya que no constando en el Registro que es otro quien tiene derecho a poseer, este derecho presume el Registro que pertenece al dueño”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 11ª edición, revisada y puesta al día por Encarna Cordero Lobato. Madrid, 2010. Pág., 898.

usucapiente), y que forman parte del patrimonio inmobiliario de una persona, el Derecho civil ofrece los antiguos interdictos de tutela de la posesión de bienes inmuebles, ahora juicios verbales sumarios, que se dilucidan también a través del juicio verbal (art. 250.1. 1, 2, 3 y 4 LEC)¹⁴⁴².

Y ello, sin perjuicio de ejercitar las acciones oportunas (acciones petitorias) en el proceso plenario declarativo correspondiente en virtud de la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa (v. gr., el dueño puede ejercitar la acción reivindicatoria, el usufructuario la *vindicatio usufructus*...).

Siendo las acciones registrales y los interdictos de retener y recobrar la posesión (en la actualidad juicios verbales sumarios), vías suficientes para proteger el patrimonio

¹⁴⁴² Artículo 250 LEC: “1.- Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 1º.- Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca. 2º.- Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca. 3º.- Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. 4º.- Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. ...”. Sostiene JOSÉ JUAN PINTÓ RUIZ que “no parece oportuno acudir a un procedimiento penal que puede violentar sentimientos respetables agravando la situación de los “okupas” con la imposición de correctivos de tipo represivo. En cambio, sí que parece oportuno, acudir al procedimiento del núm. 4 del art. 250 (juicio verbal: antiguo interdicto de recobrar y retener) que por su brevedad y sumariedad es sin duda alguna más simple que el procedimiento penal, y sobretodo más oportuno que aquél. Carece de importancia, en esta situación, el que la Sentencia por su sumariedad no produzca efecto de cosa juzgada (art. 447 LEC)”. PINTÓ RUIZ, J.J.: << El fenómeno “Okupa”: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? >> en *Economist&Jurist*. Nº 108. Año XV. Marzo, 2007. Grupo difusión. Pág., 32. En contra de este criterio se muestra MARTÍ MARTÍ, quien en caso de acudir a la vía civil considera más adecuado la equiparación del ocupa al precarista, al decir: “Sin pretender, por no querer y no poder, contradecir al DR. PINTÓ RUIZ, este autor entiende que es el desahucio por precario el mecanismo idóneo para la liberación de la posesión ocupada, y éste es el trámite que se inició en defensa de la propiedad, en el proceso judicial que resuelve favorablemente la... sentencia de la Sección 13ª, de la AP de Barcelona de 15 de julio de 2008, que confirma la de primera instancia. Fundamento jurisprudencial al juicio de desahucio como idóneo que ya tenía en la sentencia de la AP de Barcelona, Sección 4ª, de 31 de mayo de 2002, (juicio verbal por precario contra ocupas)”. MARTÍ MARTÍ, J.: << Proceso de desahucio frente a los colectivos “ocupas” >>... *Op. cit.*, Pág., 6. La protección posesoria no interdictal sigue siendo posible en juicio ordinario (aunque por su lentitud y mayor coste no se emplee). No puede obviarse la *acción reivindicatoria* (art. 348.2 CC) que “tiende a que la cosa sea restituida a su propietario por quien la posee indebidamente. Compete, pues, al propietario que tiene derecho a poseerla, contra el poseedor que carece de él... Se basa en haberse producido la perturbación más importante [del derecho de propiedad], el privar al dueño de la cosa... Persigue: 1º, que sea reconocido o declarado el derecho de propiedad de quien la interpone; 2º, que, en consecuencia, le sea restituida la cosa sobre que aquél recae”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 11ª edición, revisada y puesta al día por Encarna Cordero Lobato. Madrid, 2010. Pág., 331.

inmobiliario, consideran los partidarios de la no intervención penal que no se entiende el recurso al mismo, pues ello vulnera su carácter fragmentario, subsidiario, de “última ratio”, y de intervención mínima¹⁴⁴³.

¹⁴⁴³ “En sentido amplio o vulgar, se dice que un proceso es sumario cuando está configurado por la ley para que sea un proceso rápido. Sumariedad es en ese sentido, sinónimo de rapidez o celeridad. En sentido técnico-jurídico, en el Derecho procesal la sumariedad (aunque comporta como consecuencia la rapidez de la tutela jurisdiccional), significa la *limitación de la cognición del tribunal y ausencia de cosa juzgada*. Un proceso es sumario porque en él se limitan las alegaciones de las partes y, en ciertos casos, los medios de prueba utilizables. Lo contrario de un proceso sumario es un proceso plenario. Así, en primer lugar, en un proceso sumario las pretensiones que el actor puede formular están limitadas... en segundo lugar, la sumariedad de un proceso puede derivar de que estén limitadas las excepciones materiales que el demandado puede oponer al demandante... Y en tercer lugar, en algunos procesos sumarios vienen limitados los medios de prueba que las partes pueden utilizar para acreditar los hechos alegados. En consecuencia, un proceso sumario tiene siempre un objeto limitado, es decir, no permite el enjuiciamiento de todos los aspectos de una relación jurídica. A través de un proceso sumario, lo que el legislador pretende es brindar al demandante, caso de que la demanda sea estimada, una tutela jurisdiccional provisional o interina... Por eso, la sentencia dictada en un proceso sumario no tiene fuerza de cosa juzgada material y no impide que se incoe un ulterior proceso declarativo plenario que tenga el mismo objeto”. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: << Especialidades de los procesos declarativos ordinarios >> en *Tomo II.- Derecho Procesal civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 3ª edición. Madrid, 2004. Págs., 664-665. Así, en la LEC encontramos las siguientes particularidades: Artículo 438.- “1.- En ningún caso se admitirá reconvencción en los juicios verbales que, según la ley, deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada”. Artículo 439.- “1.- No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo”. “La protección de la posesión en sí, se realiza mediante las acciones antes llamadas (con terminología procedente del Derecho Romano) interdictos... Hoy la antigua protección posesoria interdictal se realiza en juicio verbal (LEC 250.1.4º) y dentro del plazo de caducidad de un año (art. 439), y la protección posesoria no interdictal sigue siendo posible en juicio ordinario... En cualquier caso el poseedor puede, durante el plazo de un año a partir del despojo, o inquietación, acudir a los Tribunales para, basándose en el solo hecho de ser poseedor (y sin entrar en la cuestión de si le corresponde o no el derecho a poseer), promover el oportuno procedimiento judicial tendente a que se le devuelva la posesión o cese la inquietación (y se evite en el futuro). Usando el juicio interdictal, hoy verbal, en que se pretende la tutela sumaria de la posesión, el plazo de un año es de caducidad; fuera de aquél, el plazo es de prescripción y la duración del mismo la que corresponda al caso, según sea acción relativa a posesión de inmuebles o de muebles”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes... Op. cit.*, Págs., 96-97. La protección posesoria interdictal está pues íntimamente ligada a la posesión como derecho, y más concretamente a la posesión incorporal del despojado (una de las tres manifestaciones de la posesión como derecho junto a la posesión civilísima del heredero y la posesión mediata), según la cual el despojado pierde el poder de hecho sobre la cosa pero conserva durante un año un poder incorporal en cuya virtud puede, durante ese plazo, recuperar la tenencia material mediante la oportuna reclamación judicial (arts. 460.4º y 446 CC). Y ello, sin perjuicio de ejercitar las acciones oportunas en proceso plenario declarativo correspondiente en virtud de la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa (v. gr., el dueño puede ejercitar la acción reivindicatoria, el usufructuario la *vindicatio usufructus*...). El Código Civil establece en los arts. 1962 y 1963 los siguientes plazos de prescripción: Artículo 1962.- “Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de perdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al artículo 1.955, y excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto o robo, en que se estará a lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo citado”. Artículo 1963.- “Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años. Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción”. Otras peculiaridades que presentan los juicios verbales, sumarios, posesorios, reguladas en la LEC, son: Artículo 439.- “2.- En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas en los casos siguientes: 1º.- Cuando en ellas no se expresen las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere. 2º.- Si, salvo renuncia del demandante, que hará constar en la demanda, no se señalase en ésta la caución que, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64, ha de prestar el demandado,

en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio. 3º.- Si no se acompañase a la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante. Artículo 440.- “2.- En los casos del número 7.º del apartado 1 del artículo 250, en la citación para la vista se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor. También se apercibirá al demandado, en su caso, de que la misma sentencia se dictará si comparece al acto de la vista, pero no presta caución, en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor”. Artículo 441.- “3.- En los casos del número 7 del apartado 1 del artículo 250, tan pronto se admita la demanda, el Tribunal adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere”. Artículo 444.- “2.- En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, el demandado sólo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley. La oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes: 1º.- Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada. 2º.- Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito. 3º.- Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción. 4º.- No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado”. Artículo 447.- “2.- No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias. 3.- Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito”. “El Derecho Penal debe estar sometido a los principios de “intervención mínima” y “ultima ratio”. Según el primer principio, el Derecho Penal sólo puede intervenir para proteger los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves. De acuerdo con el segundo principio, la intervención penal tan sólo estaría justificada cuando hubieran fallado el resto de mecanismos políticos y jurídicos de que dispone el Estado (políticas sociales, derecho civil, derecho administrativo etc.). Pues bien, la criminalización de la ocupación pacífica de bienes inmuebles abandonados violaría estos dos principios. En primer lugar, violaría el principio de “intervención penal mínima” porque ni la propiedad privada sobre un bien inmueble abandonado puede ser considerada como un bien jurídico con relevancia constitucional, ni la ocupación pacífica un ataque suficientemente grave como para poder justificar la intervención del Derecho penal. Efectivamente, la Constitución reconoce en su artículo 33 la propiedad privada pero, cuando lo hace, reconoce literalmente que “la función social de este derecho delimitará su contenido”. En este sentido no estaría suficientemente justificada la intervención penal para proteger propiedades privadas que no sólo no desarrollan ninguna función social, sino que son, en muchísimas ocasiones, objeto de especulación urbanística. Esta prohibición de la especulación urbanística aparece recogida en el artículo 47 de la Constitución que después de reconocer que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, establece que “los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. El recurso al Derecho penal para proteger inmuebles deshabitados que, en la mayoría de las ocasiones, son objeto de especulación urbanística supondría la violación de lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución. En definitiva, el conflicto que la ocupación pacífica de inmuebles plantea entre estos dos derechos constitucionales (propiedad privada -art. 33 CE- y vivienda -art. 47 CE-), no tiene en el recurso al Derecho penal, su solución constitucionalmente más adecuada. Pero, en segundo lugar, también violaría el principio de “ultima ratio” ya que el legislador democrático no estaría legitimado para recurrir al instrumento más grave del ordenamiento jurídico: el Derecho penal, para resolver un conflicto que puede encontrar mejores soluciones en políticas sociales de vivienda y juventud y que, sobre todo, ya tiene una solución más proporcionada e igualmente eficaz en todos los mecanismos e instrumentos ofrecidos por el Derecho civil (los interdictos, el desahucio por precario, las acciones registrales, la acción reivindicatoria, etc.)”. BAUCCELLS I LLADÓS, J.: << La okupación de inmuebles en el nuevo Código Penal >> en *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de*

MANGAS CAMPOS considera que para discernir cuando estamos ante un delito o ante una mera cuestión civil, “no puede acudir al tan socorrido e invocado principio de intervención mínima del Derecho penal, puesto que se trata de una herramienta interpretativa de escaso valor al ceder siempre ante el principio de legalidad”. Igualmente afirma que “tampoco es de utilidad, a diferencia de lo que en otras infracciones penales linderas con el Derecho privado ocurre, el considerar si en el caso concreto ese Derecho ofrece o no suficiente protección al derecho subjetivo afectado, pues para todos los casos subsumibles en el art. 245.2 CP, en cualquiera de sus dos modalidades, el Derecho civil da protección suficiente; es incuestionable que el Derecho civil no puede abarcar la íntegra defensa de la propiedad o de la posesión dejando despojado de contenido al Derecho penal, puesto que si el Legislador ha previsto tales herramientas ha sido precisamente para actuar contra vulneraciones cuya resolución privada no es suficiente para garantizar el bien jurídico protegido. Y, en fin, ni siquiera cabe aludir a la mayor gravedad del ataque como criterio diferenciador, pues, dejando aparte los supuestos en los que se utiliza la violencia (contemplados en el apartado 1 del referido artículo), esa gravedad está ínsita en la propia usurpación, en el despojo del disfrute de una cosa ajena y en las consecuencias jurídico privadas de la posesión de mala fe, expresamente previstas en el Código Civil”¹⁴⁴⁴.

Así, frente a quienes afirman que la ocupación pacífica es una mera cuestión civil, sostenemos por el contrario, que la intervención penal es necesaria, está perfectamente adaptada a las exigencias jurídico penales de un Estado social y democrático de Derecho, y responde a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 de nuestra norma fundamental, pues, después de estudiar el artículo que tipifica la conducta okupa (artículo 245.2 CP), sobre todo su bien jurídico, hemos demostrado que no es sólo el patrimonio inmobiliario el objeto tutelado¹⁴⁴⁵.

Okupas de Terrasa. VV.AA. (Título original: “Okupacio, repressió i moviments socials”. Traducido por Sonia G., Max). Ed. Traficantes de sueños, 1ª edición en castellano. Barcelona, 2000. Págs., 49-50.

¹⁴⁴⁴ MANGAS CAMPOS, A.: << La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial >> en *Diario La Ley*. Nº 8672. Año XXXVI. Sección Doctrina, 28 de Diciembre de 2015. Editorial La Ley. Pág., 8.

¹⁴⁴⁵ Dispone el art. 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. “No es factible argüir una posible inconstitucionalidad del precepto [art. 245.2 CP] contraponiendo los artículos 33 y 47 de la Constitución Española y la función social de la propiedad que

2.2.2.- SEGURIDAD CIUDADANA. ¿ILÍCITO ADMINISTRATIVO?

A) Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana. (Derogada)

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana, pese a considerar en su Exposición de Motivos que “la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable” y que “son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática”, no contemplaba en su articulado ninguna modalidad usurpatoria de bienes inmuebles, dejando las mismas a su tipificación en sede penal.

Las autoridades competentes, no obstante, y como medida de seguridad extraordinaria, podían acordar el cierre o desalojo de locales o establecimientos y la evacuación de inmuebles. Si bien, tales medidas sólo estaban previstas para situaciones de emergencia (amenazas de bomba y similares supuestos) que las circunstancias del caso hicieran imprescindibles y únicamente mientras éstas durasen; no para recuperar la posesión inmobiliaria¹⁴⁴⁶.

aparece en el artículo 348 del Código Civil... El legislador ha creído pertinente dar una protección adicional en el ámbito penal a los derechos inherentes al dominio sobre los bienes inmuebles por razones de política criminal, siendo además el derecho a la vivienda digna un principio rector de la vida social y económica y no un derecho propiamente dicho cuya tutela pueda pedirse directamente ante los Tribunales como establece el artículo 53.3 de la Constitución. El único argumento válido en este sentido es el de cuestionar la constitucionalidad de las razones del legislador, teniendo en cuenta que todas las normas del ordenamiento deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, al no hacerse una tipificación "ad hoc" contra los "okupas", se elimina completamente esta tenue posibilidad". GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El fenómeno okupa desde la perspectiva del Derecho Penal*. Ed. Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales. Derecho Penal. Noviembre, 2007. <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200711-548751452755744774444544.html>.

¹⁴⁴⁶ Así establecía el artículo 15 de la LO 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana: “La autoridad competente podrá acordar, como medidas de seguridad extraordinarias, el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la evacuación de inmuebles o el depósito de explosivos, en situaciones de emergencia que las circunstancias del caso hagan imprescindibles y mientras éstas duren”. Vid., ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE POLICÍAS.: *Ley Orgánica 1/92*. Ed. Centro Superior de Estudios Policiales. http://www.haelsite.files.wordpress.com/2011/04/lo192_a4.pdf. En términos similares se pronuncia el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana (noviembre 2013) en su Artículo 20.- “Medidas de seguridad extraordinarias. Las autoridades competentes y sus agentes podrán acordar, como medidas de seguridad extraordinarias, el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la prohibición del paso o la retención de personas, la evacuación de inmuebles o espacios públicos debidamente acotados, o el depósito de explosivos u otras sustancias susceptibles de ser empleadas como tales, en situaciones de emergencia que las hagan imprescindibles y durante el tiempo estrictamente necesario para garantizar la seguridad ciudadana. Dicho acuerdo podrá hacerse efectivo incluso

B) Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana

a) El Anteproyecto de Ley Orgánica

El Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana, establecía en su Exposición de Motivos que “La Constitución asumió el concepto de *seguridad ciudadana* (artículo 104.1), así como el de *seguridad pública* (artículo 149.1.29^a)¹⁴⁴⁷. Y la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos últimos conceptos como *sinónimos*, entendiendo por tales la *actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana*.

Es a la luz de estas consideraciones como se deben interpretar la idea de seguridad ciudadana y los conceptos afines a la misma, huyendo de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, justificando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas. No es el objetivo constitucional y, por tanto, tampoco podría serlo de esta ley.

Para garantizar la seguridad ciudadana... [y teniendo] en cuenta, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son, con matices, manifestaciones de un único *ius puniendi* del Estado... recoge los tipos infractores descritos por el legislador de 1992, pero agrega otros con los que se pretende evitar la impunidad de conductas que, sin ser constitutivas de delito, alteran gravemente la seguridad ciudadana, poniendo en riesgo o

mediante órdenes verbales de los agentes de la autoridad, si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible”. Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana (noviembre 2013). Ed. Ministerio del Interior. Madrid, 2013. Pág., 19.

¹⁴⁴⁷ Dispone el Artículo 104.1 de la Constitución Española: “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”. Y el 149.1.29^a del mismo cuerpo legal: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias... 29^a Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”.

directamente causando perjuicios a las personas o daños a bienes públicos y privados”¹⁴⁴⁸.

Como consecuencia de la arrolladora *vis expansiva* del Derecho Administrativo sancionador, paralelo a las constantes reformas legislativas del Derecho Penal, con una cierta vaguedad e imprecisión terminológica, el Anteproyecto recogía en su catálogo de infracciones leves *la ocupación de espacios comunes*, ya fuesen públicos o privados, fuera de los casos permitidos por la ley, o contra la decisión adoptada en su aplicación, o la permanencia en los mismos contra la voluntad del titular de un derecho sobre tales espacios, siempre que tal conducta no fuera constitutiva de delito; siendo en todos ellos esencial que nos encontrásemos ante un *espacio común*¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁸ Exposición de Motivos. *Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana* (noviembre 2013). Ed. Ministerio del Interior. Madrid, 2013. Págs., 1-6. “Como características generales de la regulación del ALSC..., podemos trazar a grandes rasgos las siguientes: - Aumento de las infracciones y agravamiento de las sanciones: casi se duplica el número de infracciones pasando de 30 a 57 infracciones tipificadas. Se contienen 36 nuevos tipos de infracciones respecto de la norma anterior. -Desproporción en las sanciones: Las sanciones se agravan en su cuantía y se aumentan los plazos de prescripción de las mismas, siendo incluso más graves en el caso de las multas que algunas penas impuestas a las faltas que el NCP pretende destipificar... -Huida del control judicial: se evita el control rápido de la justicia penal con una presunción de inocencia en su más amplio sentido y se envía al ciudadano sancionado a la justicia contenciosa, con pago de tasas y mayor demora resolutive y con la carga de destruir la presunción de veracidad de lo declarado por los agentes de la autoridad, lo que en la práctica supone un enorme desincentivo al ejercicio de la tutela judicial efectiva. Si bien pudiera parecer que despenalizar algunas faltas es una buena opción, desde el principio de la "ultima ratio del derecho penal", no lo es si la infracción administrativa correspondiente contiene mayor sanción que la infracción penal y sin las mismas garantías, como ocurre en múltiples supuestos. -Hipertrofia del preventivismo: no sólo se pretende prevenir delitos, sino también infracciones administrativas (art.3.i) ALSC. En esta línea también destaca la abundancia de infracciones de mero peligro... -Persecución de formas de protesta ciudadana pacífica... -Persecución del ejercicio de derechos fundamentales: como el ejercicio de la libertad de información mediante las denuncias de corrupción de autoridades o instituciones públicas, que si se consideran calumniosas serán susceptibles de sanción inmediata (art. 36.5 ALSC)... -Fijación de las bases de un estado policial: incremento del deber de colaboración ciudadana con las FCS bajo imposición de sanciones (arts. 16.6; 23 y 35.18 ALSC) y, sobreprotección de los miembros de las FCS sin garantías de su identificación numérica en sus actuaciones, facilitando así la impunidad del uso de la violencia innecesario o desproporcionado”. PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *Anteproyecto de ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas*. <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/INFOLEYSEGCIUDADANA.pdf>. Págs., 6-7.

¹⁴⁴⁹ Artículo 36.- “Son infracciones leves: 8º.- *La ocupación de cualquier espacio común, público o privado, fuera de los casos permitidos por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquélla por la autoridad competente, o la permanencia en él contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de delito*”. *Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana* (noviembre 2013). Ed. Ministerio del Interior. Madrid, 2013. Págs., 32-33. “El Anteproyecto remitido constituye una noma de naturaleza administrativa que no afecta a la organización ni a la estructura del Ministerio Fiscal. Sin embargo, en virtud de la íntima relación de numerosas infracciones administrativas reguladas en el Anteproyecto con las tipificadas en el Código penal, así como la afectación al interés social y a los derechos de los ciudadanos por parte de diversas potestades especiales que la normativa proyectada atribuye a la policía administrativa, unido a que en el articulado del Anteproyecto se establece la remisión al Ministerio Fiscal de distintas actuaciones policiales; todo ello determina que la normativa proyectada afecte de forma directa a las funciones del

Ministerio Fiscal. En definitiva, está claramente justificada la necesidad de emisión de informe por el Consejo Fiscal, informe que, por razones obvias, hará hincapié en los aspectos novedosos de la norma proyectada en relación con la vigente LO 1/92, a la que pretende sustituir. La Ley Orgánica proyectada se estructura a través de una exposición de motivos y un texto de 55 artículos, integrados en 5 Capítulos (Cap. I.- Disposiciones Generales; Cap. II.- Documentación e identificación personal; Cap. III.- Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana; Cap. IV.- Potestades especiales de policía administrativa de la seguridad; Cap. V.- Régimen sancionador), concluyendo con 5 Disposiciones adicionales, una Disposición transitoria, una Disposición derogatoria y tres disposiciones finales. El Consejo Fiscal aprecia que la estructura y sistemática del Anteproyecto mejoran notablemente las de la vigente LO 1/92". *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Madrid, 22 de enero de 2014. Págs., 2-3.* "De las restantes infracciones de nuevo cuño hasta el momento no comentadas, bastantes están vinculadas a la protección de "la tranquilidad ciudadana" o a "la garantía de las condiciones de normalidad en la prestación de los servicios públicos" o a la "garantía del normal funcionamiento de las instituciones", fines novedosos de la ley (en tanto no contemplados en la LO 1/92) y proclamados en su artículo 3, así como al genérico fin también expresado en dicho precepto de "la protección de las personas y los bienes". Así, las infracciones:... "La ocupación de cualquier espacio común, público o privado, fuera de los casos permitidos por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquélla por la autoridad competente, o la permanencia en él contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivos de delito"... Basta la lectura de las infracciones apuntadas para advertir que algunas de ellas..., al igual que otras ya comentadas en anteriores apartados, están descritas en términos excesivamente amplios, no lo suficientemente precisos, concretos y taxativos como para colmar sin duda alguna las exigencias del principio de tipicidad", en *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Madrid, 22 de enero de 2014. Págs., 32-34.* "El Anteproyecto se explica y justifica, según su propia Exposición de Motivos (EM) y la MAIN [Memoria de Análisis de Impacto Normativo] que la acompaña, en la necesidad de sustituir la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC) por un nuevo texto, por diversos factores: el transcurso del tiempo; los cambios sociales operados en nuestro país; las nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y tranquilidad ciudadana; los nuevos contenidos que las demandas sociales incluyen en este concepto; la imperiosa necesidad de actualizar el régimen sancionador; la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional. Como ya se anunciara en la Revista del Ministerio del Interior, "Seguridad y Ciudadanía", números 7 y 8, enero-diciembre 2012, el Anteproyecto "se sustenta en tres premisas esenciales: en primer lugar, la protección de la seguridad exige adoptar una ambiciosa política de lucha progresiva contra todas las modalidades de ilícitos; en segundo lugar, se debe alcanzar el respeto del contenido de los derechos fundamentales concurrentes; por último, la necesidad de hacer frente al fenómeno de la multi-reincidencia y reiteración delictiva, generador de una enorme alarma social e inquietud entre los ciudadanos". El Anteproyecto sigue la línea marcada por el Proyecto de reforma del Código Penal, situándose en lo que se ha venido a llamar "Derecho penal de la peligrosidad". Desde los axiomas de este derecho, la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la política criminal, como un bien que el Estado y los Poderes públicos han de defender con todos los medios e instrumentos a su alcance. Como consecuencia de ello, la Ley proyectada, por un lado, intensifica la acción preventiva, no solo del delito, sino también de las infracciones administrativas, y por otro, incrementa notablemente las infracciones contra la seguridad ciudadana". *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Madrid, 27 de marzo de 2014. Págs., 4-5.* "Infracciones de conductas calificadas por el Anteproyecto como amenaza para la seguridad ciudadana. En el análisis jurídico del Anteproyecto que se hace en la MAIN que lo acompaña, bajo el epígrafe "Tipificación de conductas que suponen una amenazas para la seguridad pública" se agrupan varias infracciones de las tipificadas en el Anteproyecto y que, según se señala por el prelegislador, pretenden dar respuesta adecuada a una serie de conductas que o bien dañan bienes y objetos en la vía pública e incluso pueden suponer una amenaza para la integridad física de las personas que por ella transitan, o bien perturban el ejercicio normal del legítimo derecho a la propiedad, o bien dificultan u obstruyen el normal funcionamiento de las instituciones, de sus funcionarios, los servicios de emergencia, etc. Con ello (sigue diciendo la MAIN), se persigue dar cumplimiento efectivo a los fines de la seguridad ciudadana, recogidos en el artículo 3... El artículo 36.9 tipifica como infracción leve "La ocupación de cualquier espacio común, público o privado, fuera de los casos permitidos por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquélla por la autoridad competente, o la permanencia en él contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de delito". La conducta se solapa con el delito de usurpación del artículo 245.2 CP, que queda inalterado con el Proyecto de reforma del CP. No existiendo justificación para su inclusión en

b) *El Proyecto de Ley Orgánica*

El Proyecto de Ley en una redacción más próxima al vigente texto legal que al Anteproyecto disponía en su artículo 37: *“Son infracciones leves... 7.- La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o de la vía pública, fuera de los casos permitidos por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquélla por la*

el Anteproyecto”. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Madrid, 27 de marzo de 2014. Págs., 67-71. En voto particular que emiten los Vocales del CGPJ, Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Mercé Pigem Palmés, al Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, se dispone: “No es función del Consejo emitir un juicio final definitivo y vinculante sobre las iniciativas que se le presentan, sino contribuir a que estén bien fundamentadas jurídicamente, se adecúen completamente a la Constitución y, cuando se trate de proyectos reglamentarios, también a las leyes, a que su estructura, articulación y redacción sean las más apropiadas para alcanzar sus objetivos y, cuando sea necesario advertirlo, contengan unas previsiones que sean factibles. Luego corresponderá al Gobierno valorar, primero, y decidir, después, si acoge o no las observaciones formuladas por nuestros informes y por qué y cómo lo hace. Esa es su competencia y, también, su responsabilidad... No discutimos que el legislador tenga que acudir a conceptos jurídicos indeterminados. Otra cosa es cómo lo haga, y, desde luego, no nos parece adecuado ni tranquilizador que el anteproyecto se construya a partir de una definición de la seguridad ciudadana susceptible de una interpretación potencialmente relativizadora y limitativa de los derechos y libertades. Menos aún cuando su articulado está plagado de términos abiertos e imprecisos en grado sumo que a la postre, pueden generar inseguridad jurídica y acabar atentando contra la genuina seguridad ciudadana que contempla el artículo 104.2 CE”. Voto particular que emiten los Vocales del CGPJ, Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Mercé Pigem Palmés, al Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Madrid, 27 de marzo de 2014. Págs., 1-5. Contrario al criterio del CGPJ se muestra PRECIADO DOMÈNECH quien considera que la conducta del art. 36.8 del Anteproyecto se solapa, no con el artículo 245.2 sino con el 203.2 CP (Artículo 203.2.- “Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público”). Consideramos más acertada que la opinión del CGPJ la manifestada por PRECIADO DOMÈNECH, tanto por la referencia en el articulado del Anteproyecto a la expresión “*espacios comunes*”, como por la no exigencia, que si está presente en el artículo 245.2 CP, al elemento negativo del objeto material “que no constituya morada”. Si bien, no sólo ha de estarse a la referencia al artículo 203.2 del CP a que alude PRECIADO DOMÈNECH, sino también al 203.1 (Artículo 203.1.- “Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura”). En el 203.3 CP sí se exige “violencia o intimidación”, de lo que se infiere que no se trataría de supuestos de “ocupación pacífica de espacios comunes”. Dice así PRECIADO DOMÈNECH: “El Artículo 36 contiene el catálogo de infracciones leves, sancionables con multas de 100 a 1000 euros, lo que hará absolutamente inviable su control jurisdiccional, pues las tasas por acceso a la jurisdicción contenciosa son de 200 euros en el abreviado. (Vid., Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses)... 8.- Nuevo tipo. Se reprimen las protestas en cualquier espacio común, público o privado o la permanencia en él contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular. Hay que poner en relación como techo superior de estas conductas los delitos tipificados en el art. 203.2 CP que castiga los supuestos en que se producen fuera de las horas de apertura. Por tanto se sancionan protestas en bancos, encierros en empresas y otras formas de protesta pacífica que actualmente son molestas para la mayoría en el gobierno”. PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *Anteproyecto de ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas*. <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/INFOLEYSEGcIUDADANA.pdf>. Págs., 25-27.*

autoridad competente, o la permanencia en ellos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de delito”¹⁴⁵⁰.

c) Tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados

Al margen de las enmiendas a la totalidad al Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, el artículo 37.7 ha sido objeto de 5 enmiendas parciales:

¹⁴⁵⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 25 de julio de 2014. Núm. 105-1. Pág., 18. “El Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana... No protege en esencia la seguridad ciudadana. Protege en la práctica al gobierno frente a los ciudadanos. Y lo hace en forma manifiestamente inconstitucional. Su punto de partida está en la despenalización de conductas tipificadas como faltas en el CP vigente, para ser trasladadas al ámbito administrativo, sobre la base de la prevalencia del derecho penal como "última ratio" del derecho sancionador. Sin embargo, esta despenalización penal solo sería válida, como es obvio, si las conductas despenalizadas y trasladadas al ámbito administrativo, fuesen sancionadas ahí en forma más leve de lo que el derecho penal establecía antes, pues, precisamente, éste es indiscutiblemente la "última ratio". Pero no sucede así: las penas que contempla el CP para las Faltas denominadas "contra los intereses generales" (arts. 630 y 631), así como las que se establecen "contra el orden público" (arts. 633 y 634), y las que se fijan "contra el patrimonio" (arts. 625 y 626), tienen un promedio de 30 días de multa que, a razón de una cuota general de 6 euros diarios, suponen 180 euros cada una. Las sanciones que se prevén en el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, parten de los 100 euros y llegan hasta los 600.000 euros, con un promedio de 300.000 euros. Quiebra entonces claramente el principio de "proporcionalidad" al que el Proyecto, falsamente, dice atender. Porque realmente en lo que se incurre es en una manifiesta "arbitrariedad", cuya interdicción está ordenada por el art. 9.3 de nuestra Constitución”. YÁÑEZ DE ANDRÉS, A.: << Hacia un Estado policial >> en *Diario La Ley*, Nº 8229, Sección Tribuna, 15 de enero de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. Pág., 10. “La justificación del éxodo de las faltas con billete de vuelta como delitos leves, menos graves o como sanciones civiles y administrativas graves o muy graves "viene orientada por el principio de intervención mínima", palabrita de la Exposición de Motivos del Proyecto [de reforma del CP], la imaginación al poder. De maleado que está el susodicho principio, su significación primigenia de limitar el Derecho penal a la represión de las conductas más nocivas para la convivencia ha terminado amarilleando. La propaganda ha explotado tanto su tirón comercial que hay que ser muy incauto para no llevarse las manos a la cartera cuando se oye su nombre, al servir de coartada cada vez que se endurece la normativa sancionadora del Estado... La tajante supresión de las faltas que ahora se anuncia campanudamente no es lo que parece. Con total falta de armonía, un buen número de ellas se convierte en delito leve, y el resto se relega a la dudosa tutela judicial de los órdenes civil y contencioso-administrativo”. JIMÉNEZ SEGADO, C.: << Eliminar las faltas tiene delito (leve) >> en *Diario La Ley*, Nº 8223, Sección Tribuna, 7 de enero de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. Pág., 5. *Vid.*, MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << Algunas consideraciones sobre el régimen sancionador en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana >> en *Diario La Ley*. Año XXXV. Nº 8408. Sección Doctrina, 28 de octubre de 2014. Editorial La Ley. Págs., 1-11; MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: << El procedimiento sancionador en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (con la disposición adicional quinta) >> en *Diario La Ley*. Año XXXV. Nº 8412. Sección Doctrina, 3 de noviembre de 2014. Editorial La Ley. Págs., 1-11.

➤ *Enmienda núm. 37, de la Sra. Pérez Fernández (GMx)*

Enmienda de supresión del artículo 37.7 y se justifica en que se trata de “Medidas de excesiva represión contra la mayoría social que protesta contra la falta de vivienda digna, un derecho constitucional. En este caso, la simple ocupación de viviendas en desuso no tiene que comportar automáticamente un desorden o perturbación de la seguridad ciudadana, por lo que es excesiva su tipificación como infracción administrativa”¹⁴⁵¹.

➤ *Enmienda núm. 221, del G.P. Unión Progreso y Democracia*

Enmienda de supresión del artículo 37.7 y se justifica en que “Se vuelve a superponer el derecho penal al administrativo. El artículo 245 del Código Penal recoge este supuesto en el delito de usurpación de bienes inmuebles. Se protege un derecho individual en lugar de la seguridad colectiva, se persigue a instancia de parte y por tal motivo no hay razón para regularlo dos veces”¹⁴⁵².

➤ *Enmienda núm. 160, del G.P. Socialista*

Enmienda de modificación de parte de los apartados del artículo 37, y de supresión de los apartados 4, 5, 7, 11, 13 y 17. Se justifica en “que no tienen entidad suficiente como para afectar la seguridad ciudadana de forma que exijan un reproche sancionable en esta ley”¹⁴⁵³.

¹⁴⁵¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 4 de noviembre de 2014. Núm. 105-2. Pág., 34.

¹⁴⁵² *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 4 de noviembre de 2014. Núm. 105-2. Págs., 147-148.

¹⁴⁵³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 4 de noviembre de 2014. Núm. 105-2. Págs., 98-100.

➤ *Enmienda núm. 78, del G.P. Vasco (EAJ-PNV)*

Se propone la modificación del artículo 37.7 del Proyecto de Ley, que queda redactado así: “7.- La invasión, toma de posesión o apoderamiento singular del espacio de uso público no autorizado que perturbe el uso común por el resto de usuarios del mismo”. Se justifica en que “El precepto sanciona la ocupación de inmuebles ajenos o de la vía pública sin autorización o la permanencia en tales espacios. Esta tipificación parte de un concepto del espacio público restrictivo para las libertades públicas: ocupar o permanecer no implica violencia o apoderamiento ilegítimo necesariamente, y la ley no debe autorizar el uso común de tal espacio. Y no parece que deba ser el objeto de una ley de seguridad ciudadana castigar el incumplimiento de normas privadas impuestas por un propietario privado, en tanto no exista afección a la seguridad ciudadana. Alternativamente se podría tipificar la invasión, toma de posesión o apoderamiento singular del espacio de uso público que perturbe el uso común por el resto de usuarios del mismo”¹⁴⁵⁴.

➤ *Enmienda núm. 180, del G.P. Popular*

Se propone la modificación del artículo 37.7 del Proyecto de Ley, que queda redactado del siguiente modo: “Son infracciones leves: (...) 7. La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sea constitutiva de delito. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquélla por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada”. Su justificación es: “Con la redacción propuesta se pretende distinguir con mayor claridad dos conductas que tienen en común una ocupación contraria a la ley, si bien en un caso se trata de la ocupación de un inmueble o la permanencia en él, contra la voluntad de su titular en ambos casos, y en el otro se hace referencia a una ocupación privativa de una parte de la vía pública o de un espacio público de uso general con infracción de la ley (sustrayendo

¹⁴⁵⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 4 de noviembre de 2014. Núm. 105-2. Pág., 60.

ese espacio, sin título jurídico alguno, al uso general, público y normalmente gratuito por parte de los ciudadanos). Además, a efectos de evitar dudas interpretativas, se incluye un supuesto frecuente de uso privativo no autorizado de la vía pública, como es el que se produce con motivo de las ventas ambulantes o no sedentarias no autorizadas, sin perjuicio de las sanciones en que se pueda incurrir, de acuerdo con la normativa autonómica y local correspondiente en materia de comercio interior, así como sin perjuicio de las infracciones penales que puedan constituir determinados supuestos de venta ambulante (caso del conocido como "top manta")”¹⁴⁵⁵.

Esta enmienda fue aprobada por mayoría con la siguiente redacción transaccional: sustituir el término “delito” por “infracción penal”¹⁴⁵⁶.

d) Tramitación parlamentaria en el Senado

Al margen de 8 propuestas de veto al Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, el artículo 37.7 ha sido objeto de 3 enmiendas parciales¹⁴⁵⁷:

¹⁴⁵⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 4 de noviembre de 2014. Núm. 105-2. Pág., 109.

¹⁴⁵⁶ “A la Comisión de Interior. La Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, integrada por los Diputados don Conrado Escobar Las Heras, don Federico Cabello de Alba Hernández, doña Ana Belén Vázquez Blanco, don Antonio Ramón María Trevín Lombán, don José Ignacio Sánchez Amor, don Feliu-Joan Guillaumes i Ràfols, don Emilio Olabarria Muñoz, don Ricardo Sixto Iglesias, doña Rosa María Díez González y don Joan Tardà i Coma, ha estudiado con todo detenimiento dicha iniciativa, así como las enmiendas presentadas, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento elevan a la Comisión el siguiente INFORME: La Ponencia ha acordado en sus reuniones del 4, 11 y 17 de noviembre incorporar las siguientes enmiendas... Enmienda núm. 78, al artículo 37, apartado 7, queda subsumida con la aprobación por mayoría, de la enmienda con redacción transaccional, basada en la enmienda núm. 180 (GP), que, a su vez, subsume en el 2º párrafo la enmienda núm. 261 (GC-CiU)... Enmienda núm. 180, al artículo 37, apartado 7, que subsume en el segundo párrafo las enmiendas núms. 78 (GV-EAJ-PNV) y 261 (GC-CiU), se aprueba por mayoría con la siguiente redacción transaccional: "7. La ocupación... no sean constitutivas de infracción penal. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluido en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada". *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, 24 de noviembre de 2014. Núm. 105-3. Págs., 1-4.

¹⁴⁵⁷ Propuesta de veto núm. 5: “El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado *Convergència i Unió* (GPCIU), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente propuesta de veto. Han transcurrido 22 años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, un periodo de tiempo suficientemente amplio como para compartir la necesidad de modificar la ley... En consecuencia, CIU comparte la necesidad de modificar esta ley pero discrepa respecto a su contenido... El grupo parlamentario catalán ha reclamado la reforma de la ley de seguridad ciudadana en diversas iniciativas parlamentarias, ya que es preciso llenar diversos vacíos legales sobre nuevas figuras que han ido apareciendo tales como abusos en las

➤ *Enmienda núm. 87, del Grupo Parlamentario Socialista (GPS)*

Enmienda de modificación de la redacción dada al artículo 37, y de supresión de los apartados 4, 5, 7, 11, 13 y 17. Se justifica en “que no tienen entidad suficiente como para afectar la seguridad ciudadana de forma que exijan un reproche sancionable en esta ley”¹⁴⁵⁸.

manifestaciones, ocupaciones ilegales, prostitución, drogas u otras alteraciones en los espacios públicos. Pero si el derecho y la ley son equilibrio, un exceso de regulación puede implicar una reducción excesiva e incluso una desaparición de libertades. En los aspectos más regios de la ley vemos que no hay diferencia entre un delito y una infracción administrativa ya que los dos son manifestación del "ius puniendi". La única diferencia es si su previsión normativa está establecida en el Código Penal o en una ley. Es exigible la predeterminación normativa de la infracción que no puede ser tan amplia o tan poco precisa que no permita saber con el máximo de precisión lo que está prohibido. Porque sólo si el ciudadano puede prever las consecuencias de sus actos respetará la seguridad jurídica, tal y como se establece en el artículo 9 de la Constitución”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. X Legislatura. Núm. 469. 13 de febrero de 2015. Págs., 14-15. Propuesta de veto núm. 8: “La Senadora Mónica Almiñana Riqué (GPEPC), el Senador Francisco Boya Alós (GPEPC), el Senador Rafel Bruguera Batalla (GPEPC), el Senador Carlos Martí Jufresa (GPEPC), el Senador José Montilla Aguilera (GPEPC), el Senador Joan Sabaté Borràs (GPEPC) y la Senadora María Jesús Sequera García (GPEPC), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formulan la siguiente propuesta de veto: El texto remitido por el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana constituye un nuevo ataque del gobierno del Partido Popular a los derechos de la ciudadanía... Si analizamos en detalle el contenido del proyecto de ley, podemos desgranar una a una las previsiones sancionadoras en función de los diferentes casos de protesta ciudadana que se han visualizado en estos tres años de Legislatura popular. Así, hay un apartado ("desahucio"), con sanciones de hasta 30 mil euros por impedir el cumplimiento de un acuerdo judicial o administrativo, aunque no haya violencia; un apartado ("rodea el Congreso") que considera falta grave la perturbación de la seguridad ciudadana producida con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas; un apartado ("top manta") por la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada; un apartado ("Greenpeace, o Femen") por el escalamiento de edificios o monumentos sin autorización cuando exista un riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes; un apartado ("okupa") por la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo; un apartado ("prostitución") que considera como falta grave la solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público; un apartado ("botellón") por el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares públicos. También hay un apartado "cundas", uno "escraches", uno "wikileaks", uno "sin techo", etc.”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. X Legislatura. Núm. 469. 13 de febrero de 2015. Págs., 22-24.

¹⁴⁵⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. X Legislatura. Núm. 469. 13 de febrero de 2015. Págs., 68-69.

➤ *Enmienda núm. 166, del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC)*

Enmienda de modificación de la redacción dada al artículo 37, y de supresión de los apartados 4, 5, 7, 11, 13 y 17. Se justifica en “no tienen entidad suficiente como para afectar la seguridad ciudadana de forma que exijan un reproche sancionable en esta ley”¹⁴⁵⁹.

➤ *Enmienda núm. 133, del Grupo Parlamentario Vasco en el Senado (EAJ-PNV) (GPV)*

Se propone la modificación del apartado 7 del artículo 37 del Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, que queda redactado como sigue: “7. La invasión, toma de posesión o apoderamiento singular del espacio de uso público no autorizado que perturbe el uso común por el resto de usuarios del mismo”. Se justifica en que “El precepto sanciona la ocupación de inmuebles ajenos o de la vía pública sin autorización o la permanencia en tales espacios. Esta tipificación parte de un concepto del espacio público restrictivo para las libertades públicas: ocupar o permanecer no implica violencia o apoderamiento ilegítimo necesariamente, y la ley no debe autorizar el uso común de tal espacio. Y no parece que deba ser el objeto de una ley de seguridad ciudadana castigar el incumplimiento de normas privadas impuestas por un propietario privado, en tanto no exista afección a la seguridad ciudadana. Alternativamente se podría tipificar la invasión, toma de posesión o apoderamiento singular del espacio de uso público que perturbe el uso común por el resto de usuarios del mismo”¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. X Legislatura. Núm. 469. 13 de febrero de 2015. Págs., 117-118.

¹⁴⁶⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. X Legislatura. Núm. 469. 13 de febrero de 2015. Pág., 97. “La Ponencia designada para estudiar el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad Ciudadana... tiene el honor de elevar a la Comisión de Interior el siguiente INFORME: Con carácter previo, habida cuenta de que a este Proyecto de Ley Orgánica se han presentado ocho propuestas de veto... la Ponencia expresa su parecer sobre las mismas, siendo su criterio, por el voto mayoritario manifestado por los ponentes del Grupo Parlamentario Popular, contrario a su estimación. En relación con las enmiendas formuladas al texto remitido por el Congreso de los Diputados, la Ponencia, por mayoría, resultante del voto favorable de los ponentes del Grupo Parlamentario Popular, acuerda proponer la incorporación al mencionado texto de las enmiendas... de dicho Grupo Parlamentario, en sus propios términos, con la salvedad de la enmienda nº 224, que es objeto de una modificación”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. X Legislatura. Núm. 480. 2 de marzo de 2015. Págs., 3-4.

e) Redacción definitiva

Tras su tramitación parlamentaria, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, fue sancionada, promulgada y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 31 de marzo de 2015¹⁴⁶¹.

En dicha norma se sanciona con una multa de 100 a 600 euros una conducta en apariencia similar a la tipificada en el artículo 245.2 del Código Penal, cuya dicción literal es: Artículo 37.- *“Son infracciones leves... 7.- La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada”*¹⁴⁶².

¹⁴⁶¹ Su Preámbulo no difiere en exceso de la Exposición de Motivos del Anteproyecto: “La seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho. Las demandas sociales de seguridad ciudadana van dirigidas esencialmente al Estado, pues es apreciable una conciencia social de que sólo éste puede asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquellos. La Constitución Española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1.29ª). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana. Es a la luz de estas consideraciones como se deben interpretar la idea de seguridad ciudadana y los conceptos afines a la misma, huyendo de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, y evitando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas. Para garantizar la seguridad ciudadana... la Ley, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, parte de un concepto material de... [ésta] entendida como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos... [y teniendo] en cuenta, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son, con matices, manifestaciones de un único ius puniendi del Estado... junto a las infracciones tipificadas por el legislador de 1992, la Ley sanciona conductas que, sin ser constitutivas de delito, atentan gravemente contra la seguridad ciudadana”. Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 77. Martes 31 de marzo de 2015. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Págs., 27216-27220.

¹⁴⁶² *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 77. Martes 31 de marzo de 2015. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Pág., 27234.

2.2.3.- OCUPACIÓN ¿ILÍCITO ADMINISTRATIVO O PENAL?

La Administración Pública forma parte de los poderes públicos determinados por la Constitución, lo que significa que, en contraposición a los sujetos ordinarios, opera con heteronomía; es decir, lejos de poder tener fines propios y, por tanto, generar intereses conforme a ellos, agota su fin en el *interés general*, que le viene determinado y al que sirve sometida plenamente a la Ley y al Derecho. Su actividad, ciertamente incide en la mayoría de los ámbitos y facetas de la vida colectiva, es variable en el tiempo¹⁴⁶³, tiene en cada momento contenidos y alcances diversos y cumple funciones, proveyendo bienes y prestando servicios (o garantizando su provisión o prestación), fundamentales para el desarrollo de la vida de las personas en la sociedad actual (*seguridad*, sanidad, educación, infraestructuras, transporte, suministro de energía, entre otros muchos); es siempre y exclusivamente servicial del referido *interés general*; está gobernada por el principio de legalidad; y cuenta con atributos que sólo pertenecen al poder público.

Ese *interés general o público* se traduce, en un Estado de Derecho, en normas que imponen límites a la actuación de todos los sujetos, privados y públicos. La contravención de tales límites por los sujetos destinatarios de las normas lleva aparejada con normalidad determinada consecuencia que, en el caso de la más grave, puede consistir, cuando la contravención se tipifica como infracción, en infligir un mal al

¹⁴⁶³ “La Administración Pública tiene una naturaleza histórica, remontándose su origen remoto (por aparición de características que apuntan a las que presenta actualmente) a los siglos XVII y XVIII y especialmente a las transformaciones políticas inducidas por los movimientos revolucionarios liberales que se inician a finales del S. XVIII y se prolongan a lo largo de la mayor parte del siglo siguiente (hito esencial: la Revolución francesa de 1789 para toda la Europa continental y la Constitución de Cádiz para España). El Estado, tal cual hoy lo conocemos, es, en efecto, una concreta forma histórica de organización política de la vida social, resultado de una cultura: la europea occidental. Y el Estado moderno es una construcción que, como producto de un lento proceso de reintegración del poder político, acaba fraguando en los siglos XV y XVI. Tras afirmarse en torno a la figura del rey (en las monarquías que surgen en dichos siglos) y, por tanto, adquirir la forma del Estado territorial nacional, se desarrolla gracias a la continua concentración de poder en el monarca. Alcanza una primera plenitud en los siglos XVI y, sobre todo, XVII y XVIII, con el Estado absoluto. Con el éxito de las revoluciones liberales de fines del XVIII y primera mitad del XIX reinicia una nueva etapa de desarrollo y expansión bajo la forma del Estado liberal de Derecho. Entrado ya el siglo XX, y decididamente tras la segunda guerra mundial, las necesidades de intervención pública producidas por los dos grandes conflictos bélicos y la progresiva complejidad posterior de la vida social a resultas del desarrollo económico, científico y tecnológico, dan lugar a una implicación y una responsabilización crecientes del Estado en y por las condiciones de vida, con el consecuente crecimiento exponencial en cantidad e intensidad de las funciones públicas como manifestación más visible; cambios que se resumen en la fórmula de Estado social, hoy, sin embargo, ya en curso de transformación”. PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición. Valencia, 2013. Pág., 28.

infractor; es decir, en imponerle una sanción en ejercicio justamente de la potestad sancionadora de la Administración¹⁴⁶⁴.

La relación entre el Derecho administrativo y el Derecho penal se caracteriza, porque el ámbito de aplicación de éste marca los límites de aquél. Pese a contar el Derecho administrativo con unos instrumentos garantizadores propios, algunos análogos a los de carácter punitivo, el Derecho penal delimita exteriormente el campo de lo administrativo en la medida en que al Derecho penal se le encomienda la tutela más enérgica de los bienes jurídicos más importantes (principio de esencialidad); y, lo penal goza de preferencia absoluta en los casos de concurrencia entre infracciones administrativas e ilícitos penales (v. gr., art. 45 LOPSC)¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶⁴ “La sanción administrativa es, pues, un mal infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutivos de infracción asimismo administrativa; es decir, tipificado legal y previamente como tal. Puede consistir tanto en la obligación de satisfacer una cantidad de dinero, como en la pérdida (total o parcial, temporal o definitiva) de una situación jurídica subjetiva favorable constituida por el Derecho administrativo (revocación o retirada de actos favorables, como, por ejemplo, del permiso de conducir, una licencia de construcción, una licencia de apertura o de funcionamiento de una actividad; pérdida de la carrera funcionarial; expulsión de un centro escolar). Estos contenidos aflictivos principales pueden ir acompañados de otros accesorios, tales como el comiso de los medios empleados para la infracción o los beneficios ilegalmente obtenidos con ella (así, por ej., en la disciplina urbanística, respecto de los beneficios obtenidos con la venta de parcelas o de construcciones no debidamente autorizadas) y la obligación de reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción. Sólo es sanción administrativa, pues, la que constituya retribución típica de una infracción asimismo legalmente típica. El TC ha desautorizado la identificación de incidencia desfavorable y sanción”. PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo... Op. cit.*, Págs., 758-759. Así, la Constitución Española establece: Artículo 25.- “3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

¹⁴⁶⁵ Dispone el artículo 45 de la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana: “Artículo 45. *Carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal.* 1.- No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. 2.- En los supuestos en que las conductas pudieran ser constitutivas de delito, el órgano administrativo pasará el tanto de culpa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que de otro modo ponga fin al procedimiento penal, o el Ministerio Fiscal no acuerde la improcedencia de iniciar o proseguir las actuaciones en vía penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción. La autoridad judicial y el Ministerio Fiscal comunicarán al órgano administrativo la resolución o acuerdo que hubieran adoptado. 3.- De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, podrá iniciarse o proseguir el procedimiento sancionador. En todo caso, el órgano administrativo quedará vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial. 4.- Las medidas cautelares adoptadas antes de la intervención judicial podrán mantenerse mientras la autoridad judicial no resuelva otra cosa”. *Boletín Oficial del Estado*. Núm. 77. Martes 31 de marzo de 2015. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Págs., 27237-27238. “Es fácil constatar... una clara *conexión funcional* entre ambos sectores del ordenamiento jurídico público [el Derecho Penal y el Derecho Administrativo], porque el Código Penal se sirve en numerosas definiciones y figuras delictivas de conceptos acuñados en el Derecho Administrativo; y tutela, además, intereses que atañen a la Administración Pública y al ejercicio de la función pública”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Volumen I*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 5ª edición. Madrid, 2012. Pág., 94. “Sin embargo, la más

reciente evolución, presidida por el creciente abandono por el Derecho penal del principio de intervención mínima o ultima ratio, está trastocando y haciendo problemáticas las relaciones sistémicas entre aquél y el Derecho administrativo, que son frecuentes por tratarse en ambos casos de ramas del Derecho cruciales en la dirección y el control, hoy, de la vida social”. PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo... Op. cit.*, Pág., 16. Vid., SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (DIR.): *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 1ª edición. Madrid, 2010. En relación a la distinción entre ilícito penal y administrativo, Vid., RANDO CASERMEIRO, P.: *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Volumen I*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 5ª edición. Madrid, 2012. Págs., 93-113. “Desde antaño se viene manteniendo una ardua discusión doctrinal acerca de la naturaleza del ilícito penal y el administrativo. A lo largo de la historia han sido múltiples las tesis sobre las diferencias entre ambos ilícitos, variedad de planteamientos que pueden agruparse alrededor de dos grandes bloques: la teoría cualitativa y la cuantitativa. Al amparo de la teoría cualitativa se sostiene que entre el delito y la infracción administrativa existen diferencias esenciales. En sentido contrario se pronuncian los que defienden la teoría cuantitativa, para quienes entre ambos ilícitos sólo hay una distinción gradual. La doctrina de las diferencias cualitativas contrapone el Derecho penal (también considerado Derecho criminal o Derecho penal judicial) al Derecho que se refiere a las infracciones administrativas. Se sostiene que mientras la infracción administrativa tiene un carácter artificial y su contenido de injusto se agota en la transgresión de puros intereses administrativos, el delito es un ilícito natural que supone la lesión de valores esenciales y afecta a los fundamentos del orden jurídico. En sentido diametralmente opuesto se pronuncia la doctrina que se adscribe a la teoría de las diferencias cuantitativas. Al amparo de esta tesis... desde el núcleo central del Derecho Penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas, discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que nunca llega a desaparecer del todo. El ilícito penal y el administrativo tienen un contenido material semejante y la misma estructura lógica. Al compartir la misma naturaleza es obligado extender a las infracciones administrativas la aplicación de algunos de los principios fundamentales del Derecho Penal”. DE PALMA DEL TESO, A.: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996. Pág., 27. Existen tesis formales de distinción, “las cuales no entran en la esencia de cada uno de los fenómenos limitándose a poner de relieve un aspecto puramente subjetivo y, asimismo, evidente: que las infracciones administrativas son apreciadas y sancionadas por la Administración, mientras que las penales requieren la inevitable intervención judicial. Como resulta patente, se trata de un punto de vista tan cierto como obvio”, y que no permiten explicar “la posibilidad de aplicar analógicamente las normas del Derecho penal favorables al reo al derecho administrativo sancionador o la prohibición de *bis in ídem*, esto es, de sancionar un mismo hecho dos veces, por un lado con el Derecho penal y por otro, con el Derecho administrativo sancionador”. GÓMEZ TOMILLO, M.: << La distinción ente la infracción administrativa y el delito >> en *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. GÓMEZ TOMILLO, M., Y SANZ RUBIALES, I. Ed. Aranzadi, 2ª edición. Navarra, 2010. Págs., 85-86. “La opinión, ampliamente mayoritaria en nuestro país, tanto entre los penalistas como entre los administrativistas, [es] que entre el ilícito penal y el administrativo no hay diferencias cualitativas, sino únicamente cuantitativas, de gravedad... El Derecho Penal se ocupa solo de los atentados más graves contra los bienes jurídicos más importantes, debiendo quedar la regulación del resto de ilícitos a otros sectores del ordenamiento... El legislador debe tener un especial cuidado al trazar el límite positivo entre uno y otro sector del ordenamiento atendiendo para ello exclusivamente al criterio de graduación de las infracciones desde el punto de vista material, evitando dejarse llevar por otros criterios de carácter práctico o político que conlleven disfunciones en el sistema y alteran de forma incomprensible para el ciudadano la valoración que una determinada conducta merece, lo que puede producir, o bien un sentimiento de injusticia o una modificación no deseada de la valoración ético-social de dicha conducta... [Si se afirma] que la diferencia entre ambas clases de ilícito no es material sino cuantitativa, de gravedad, se deberían aplicar al Derecho administrativo sancionador todos los principios fundamentales que rigen en Derecho penal. Algunos de ellos ya han sido consagrados constitucional, legal o jurisprudencialmente, como los principios de legalidad y de irretroactividad de las infracciones y sanciones administrativas, el principio de proporcionalidad (que la gravedad de la sanción guarde relación con la del ilícito cometido) y el principio de *ne bis in ídem* en Derecho administrativo y entre las sanciones penales y las administrativas”. GIL GIL, A.: << Lección 2.- Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo >> en *Tutela penal de las Administraciones Públicas*. LACRUZ LÓPEZ, J.M., Y MELENDO PARDOS, M. (COORDS.). Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2013. Págs., 67-68. “Tradicionalmente [la potestad sancionadora de la Administración] venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí se ha ido evolucionando hasta

llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones. En la elaboración teórica del dogma de la potestad punitiva única del Estado han participado conjuntamente el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, con una notoria prioridad cronológica del primero, a quien luego el segundo ha seguido en este punto fielmente. Pero tampoco conviene olvidar que la rotundidad del Tribunal Supremo se ha reafirmado aún más después de haber comprobado que su postura era aceptada por el Tribunal Constitucional". NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*. Ed. Tecnos, 5ª edición. Madrid, 2012. Pág., 46. "La idea del *ius puniendi* único del Estado... tiene su origen y alcanza su última justificación en una maniobra teórica que en derecho se utiliza con cierta frecuencia: cuando la Doctrina o la Jurisprudencia quieren asimilar dos figuras aparentemente distintas, forman con ellas un concepto superior y único (un supraconcepto) en el que ambas están integradas, garantizándose con la pretendida identidad ontológica la unidad de régimen. Esto es lo que se ha hecho con la potestad sancionadora del Estado, en la que se engloban sus dos manifestaciones represoras básicas: la judicial penal y la administrativa sancionadora. Una técnica que se reproduce simétricamente con el supraconcepto de ilícito común, en el que se engloban las variedades de los ilícitos penal y administrativo y que se corona, en fin, con la creación de un Derecho punitivo único, desdoblado en Derecho Penal y en Derecho Administrativo Sancionador". NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador... Op. cit.*, Pág., 124. "La tesis del supraconcepto de ilícito (o si se quiere de la identidad sustantiva de ambos ilícitos, penal y administrativo...) es hoy, en definitiva, absolutamente dominante, aunque no falten testimonios de la postura contraria". NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador... Op. cit.*, Pág., 126. Así el Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 4ª, S 19-11-2001, rec. 6690/2000, Pte: Fernández Montalvo, Rafael (EDJ 2001/45239), en su Fundamento Jurídico Cuarto, dice: "*La identidad ontológica, que ha determinado que en la potestad sancionadora del Estado se engloben como manifestaciones del supraconcepto del ilícito tanto el ilícito penal como el ilícito administrativo, ha servido a la doctrina del Tribunal Constitucional y a la jurisprudencia de esta Sala para elaborar un Derecho punitivo desdoblado en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo sancionador que participan de principios comunes, aunque con las necesarias adaptaciones o modulaciones.* Ya en los años setenta del siglo pasado este Alto Tribunal señaló que las contravenciones administrativas se integran en el supraconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas entre las cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal que exigen un tratamiento jurídico unitario aunque con ciertas reglas diferentes en razón a la distinta función para la cual han sido configuradas (STS de 9 de febrero de 1972). Por ello se apuntó ya la necesidad de que existieran unos principios generales y un cuerpo de doctrina que cubrieran ambas ramas del ordenamiento jurídico sancionador (STS 31 de octubre de 1972). Tesis del supraconcepto del ilícito que tendrá una clara continuidad en la jurisprudencia de los años ochenta impulsada, a su vez, por la recepción que de ella hace el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos (Cfr. STC 2/1981, de 30 de enero) y por los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Cfr. SSTEDH, de 21 de febrero de 1984, caso Oztürk; y de 22 de mayo de 1990, caso Weber, entre otras). Por consiguiente, ya no se discute si los principios del Derecho penal se aplican al Derecho Administrativo sancionador, puesto que ello se comparte con unanimidad, *nemine discrepante*, sino que lo controvertido es hasta qué punto lo son o cuales son las modulaciones con que se aplican tales principios al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Ello sin contar con que, en la actualidad, han de aplicarse los preceptos del Título IX de la LRJ y PAC, relativo a dicha potestad, estructurado en dos capítulos (el primero referido a los principios materiales y el segundo a los principios del procedimiento), así como lo dispuesto en el RPS". Este *ius puniendi* genérico del Estado es reconocido por el Tribunal Constitucional, el cual deja abierta la posibilidad de protección de bienes jurídicos tanto a través de técnicas administrativas como penales, al decir que: "ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que *ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (SS 29 septiembre, 4 y 10 noviembre 1980, Sala 4ª, entre las más recientes), hasta el punto de que *un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales*, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas. Las consideraciones expuestas

en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”, en Fundamento de Derecho Segundo, Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 8-6-1981, nº 18/1981, BOE 143/1981, de 16 de junio de 1981, rec. 101/1980, Pte: Gómez-Ferrer Morant, Rafael (EDJ 1981/18 STC Sala 1ª de 8 junio 1981). Sentada la idea de un *ius puniendi* genérico del Estado, se hace preciso poder concretar cuándo se ha de acudir a las técnicas penales y cuándo a las administrativas para proteger un bien jurídico. En ocasiones conductas que eran sancionadas administrativamente han terminado siendo sancionadas penalmente y a la inversa (v. gr., las infracciones de contrabando que pasaron a ser delito por la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia; o la conducción de vehículos a motor y ciclomotores careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se despenalizó por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal). “En la medida en que se trata de dos figuras normativas (y no metafísicas ni reales exteriores o anteriores al Derecho) están a la libre disposición del legislador, que puede calificar a su arbitrio una acción como delito o como infracción, de tal manera que puede hacer que lo que ayer eran infracciones administrativas, se conviertan mañana en delitos”. NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador... Op. cit.*, Pág., 128. Como criterio orientativo, *vid.*, las Recomendaciones del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Viena, del 2 al 7 de octubre de 1989; y en particular la consideración 3.- “3. *El problema de saber si un comportamiento debe ser reprimido por el Derecho penal o el Derecho administrativo penal no puede ser resuelto de una manera general. Es el legislador, en la mayor parte de los casos, quien deber decidir si uno u otro Derecho debe ser aplicado. Para justificar esta decisión, el legislador deberá tomar en cuenta diversos criterios, por ejemplo el bien jurídico en cuestión, la gravedad del daño o de la amenaza, así como el grado de culpabilidad.* ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. *Resoluciones del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal Viena, 2 - 7 octubre de 1989.* https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1989_06.pdf. Así lo reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al decir: “The Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line... By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Engel and others judgment, *ibid.*, p. 33, § 80) as well as the needs of the proper administration of justice, in particular in so far as the judicial authorities are thereby relieved of the task of prosecuting and punishing contraventions - which are numerous but of minor importance - of road traffic rules. The Convention is not opposed to the moves towards "decriminalisation" which are taking place - in extremely varied forms - in the member States of the Council of Europe. The Government quite rightly insisted on this point. Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as "regulatory" instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7), the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention”, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, S 21-2-1984, nº 8544/1979, Fundamento Jurídico 49, (EDJ 1984/6847 STEDH de 21 febrero 1984). (El Convenio no impide a los Estados, en el desempeño de su tarea como guardianes del interés público, establecer o mantener una distinción entre diferentes tipos de infracciones definidas por el derecho interno y dibujar la línea divisoria... Mediante la eliminación de ciertas formas de conducta de la categoría de delitos bajo la ley doméstica, el legislador puede ser capaz de servir a los intereses del individuo (ver, mutatis mutandis, el mencionado Engel y otros juicios, *ibid.*, p. 33, § 80) así como las necesidades de la adecuada administración de justicia, en particular en la medida en que las autoridades judiciales son relevadas de la tarea de perseguir y castigar contravenciones -que son numerosas pero de menor importancia- a las normas de tráfico. La Convención no se opone a los movimientos hacia la "despenalización" que se están llevando a cabo -en formas muy variadas- en los Estados miembros del Consejo de Europa. Muy acertadamente el gobierno insistió en este punto. Sin embargo, si los Estados contratantes pudieran a su discreción, clasificando una infracción como "administrativa" en vez de penal, para excluir la operación de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 (art. 6, art. 7), la aplicación de estas disposiciones estaría subordinada a su voluntad soberana. Una relajación tan intensa podría conducir a resultados incompatibles con el objeto y propósito de la Convención), en Tribunal Europeo de Derechos Humanos, S 21-2-1984, nº 8544/1979, Fundamento

Jurídico 49, (EDJ 1984/6847 STEDH de 21 febrero 1984). “Sea cual fuere su calificación legal, es esencial que con su alteración no se degraden las garantías mínimas de su régimen jurídico”. NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador...* Op. cit., Pág., 130. Siguiendo a GÓMEZ TOMILLO, sólo una combinación de criterios de oportunidad y proporcionalidad, permiten determinar cuál es el campo propio del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador. “La utilización de uno u otro sector del ordenamiento jurídico es una cuestión en la que subyacen criterios de política legislativa orientada por los criterios generales, como el citado principio de proporcionalidad (no sería admisible sancionar con pena de prisión un aparcamiento indebido...), o el carácter de *ultima ratio* propio del Derecho penal. Partiendo de los puntos de vista apuntados, se pueden proporcionar, al menos, tres pautas de distinción político legislativa entre delito e infracción administrativa. 1º.- En los supuestos en los que inequívocamente se pueda trazar un límite matemático entre ambos fenómenos (v.g. el llamado delito fiscal), no es ni político legislativa ni constitucionalmente admisible alterar la relación entre ambos, elevando punitivamente la primera sobre la segunda... 2º.- *No es ni político legislativa ni constitucionalmente admisible la bagatelización de determinados bienes jurídicos nucleares protegiéndolos exclusivamente mediante infracciones administrativas...* 3º.- Al margen de lo anteriormente expresado, el legislador goza de amplios márgenes de discrecionalidad. Así, en ocasiones, determinados bienes jurídicos pueden ser objeto de protección exclusivamente por parte del Derecho administrativo sancionador, como ocurre por ejemplo, con la libre competencia, aunque constitucionalmente no hay inconveniente en que en tal campo intervenga también el Derecho penal. La determinación de cuándo se debe utilizar una u otra técnica legislativa es algo que se somete a criterios valorativos. Sin embargo, ello no equivale a plena libertad, toda vez que, en una construcción que pretenda ser racional, el Derecho penal se somete a los principios de subsidiariedad o de *ultima ratio* y de fragmentariedad de la intervención penal que integran el llamado principio de intervención mínima”.

GÓMEZ TOMILLO, M.: << La distinción ente la infracción administrativa y el delito >>... Op. cit., Págs., 118-119. “La prohibición de que unos mismos hechos (*recte*: un mismo contenido de injusto o una misma infracción) puedan sancionarse dos o más veces, es un principio general del Derecho sancionador. O, si se quiere, un criterio concursal básico que veda la pluralidad de sanciones a una idéntica infracción, esto es, si se aprecia identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Afirmar que “nadie puede ser castigado dos veces por los mismos hechos” no es exacto, si un mismo hecho lesiona intereses distintos, protegidos en normas también diferentes, pues entonces cabe imponer una pluralidad de sanciones sin que se infrinja la prohibición del *ne bis in ídem*, como sucede, por ejemplo, en los supuestos del llamado “concurso ideal”. Es más preciso por ello, como reclama la sentencia 2/81, de 30 de enero, del Tribunal Constitucional, formular el *ne bis in ídem* reclamando una triple identidad: de *sujeto*, de *hecho* y de *infracción*. El principio del *ne bis in ídem*, con su doble implicación, material y procesal (En sentido material el *ne bis in ídem* significa que nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción ... En su acepción procesal, que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos... siendo los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada concreciones del mismo), no se consagra explícitamente en la Constitución, aunque desde la sentencia 2/81, de 30 de enero, del Tribunal Constitucional, éste lo entiende implícito en los principios de legalidad y tipicidad plasmados en el artículo 25 de aquélla (Vid., Sentencias del Tribunal Constitucional 2/81, de 30 de enero; 77/83, de 3 de octubre; 159/85, de 27 de noviembre; 66/1986, de 8 de julio; 107/89, de 8 de junio; 112/90, de 18 de junio; 154/1990, de 15 de octubre; 234/1991, de 16 de diciembre; 270/1994, de 17 de octubre; 204/1996, de 16 de diciembre; y la 2/2003, de 16 de enero). Sí se reconoce, sin embargo en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 133), en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículos 32 y 33), Ley de Seguridad Vial (art. 74), en la Ley de Seguridad Ciudadana (art. 32), Ley de Defensa de la Competencia (art. 55), Ley de Costas (art. 94.3), Ley de Aguas (art. 122), Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 415.3), etc. También el Código Penal contiene disposiciones que pretenden evitar la doble o plural sanción de un idéntico contenido material de injusto. Es el caso de las reglas concursales generales del artículo 8, y de las específicas de los artículos 64 y 67 (principio de inherencia). La garantía material del *non bis in ídem* tienen como finalidad “evitar una reacción punitiva desproporcionada”, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional “en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente” (así la sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, que cita, en el mismo sentido, las sentencias del mismo Tribunal 154/1990, de 15 de octubre; 177/1999, de 11 de octubre; y el Auto 329/1995, de 11 de diciembre)... El principio del *ne bis in ídem* tiene particular aplicación al ámbito de las relaciones recíprocas entre sanción penal y administrativa. De antemano, sin embargo, no cabe afirmar la incompatibilidad entre ambas, por la misma razón que la pena puede concurrir con otras sanciones civiles, laborales, etc., que persiguen fines y

El mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues, tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa. Esto último supone que el juez no interviene más que eventualmente y *a posteriori*, por la vía común del recurso contencioso-administrativo, y esto mismo fue ya un progreso, pues hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, los actos administrativos sancionatorios se calificaban de actos políticos o discrecionales y se excluían, por tanto, del control contencioso administrativo¹⁴⁶⁶.

funciones distintas de la respuesta criminal. El conflicto surge solo cuando la sanción penal y la sanción administrativa, además de responder a un mismo hecho, cumplen funciones semejantes, porque entonces la duplicidad de sanciones deviene, al menos, problemática; y sobre todo, en el ámbito disciplinario, donde la sanción administrativa al funcionario que delinquirió puede ser más aflictiva que la propia pena... Como reitera el Tribunal Constitucional, no se puede determinar si una u otra sanción (la penal y la administrativa) tienen identidad de sujeto, de hecho y fundamento con criterios meramente *formales*. Ni cabe entender infringida la prohibición del *non bis in idem*, sin más, automáticamente, por el mero hecho de que no existiendo tal identidad se proceda a la imposición de ambas sanciones. Es necesario, por tanto, valorar el fundamento de las respectivas infracciones legales (la ratio de la prohibición, en cada caso) en función del "bien jurídico" que se pretende proteger, sin que diferencias relevantes o parciales entre las infracciones concurrentes penales excluya la controvertida identidad entre las mismas; identidad que subsiste si ambas comparten un núcleo común, esto es, si el bien jurídico tutelado por ambas normas es el mismo. Por otra parte, como la finalidad del *non bis in idem* es evitar una reacción punitiva desproporcionada, procederá ponderar si en el caso de autos la solución adoptada implica materialmente una doble sanción, o no... La prohibición del *ne bis in idem*, esto es, de que se castigue dos veces, con pena y con sanción administrativa, un mismo contenido de injusto (identidad de sujeto, hechos y fundamento) –salvo que exista en el caso concreto una "relación de supremacía especial de la Administración que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración" (vg. La relación del funcionario, servicio público, concesionario, etc.)- deja a salvo, o debe dejar a salvo, la incuestionable prioridad, prevalencia o primacía de la jurisdicción penal si los hechos pueden ser constitutivos de delito. Iniciado un procedimiento criminal por hechos que *prima facie* pudieren ser constitutivos de delito o falta, la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga al mismo un inmediato efecto suspensivo sobre cualquier otro, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa penal (art. 114). Ahora bien, la circunstancia de que la más ágil potestad sancionadora de la Administración se haya anticipado al *ius puniendi* del orden jurisdiccional penal no impide a este último actuar con plena autonomía en cumplimiento de las atribuciones irrenunciables que la ley le asigna. La previa imposición de una sanción administrativa no puede obstaculizar ni limitar la averiguación y eventual castigo de hechos indiciariamente delictivos. La sanción administrativa no puede inmunizar al ciudadano frente a la ley penal". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Volumen I*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 5ª edición. Madrid, 2012. Págs., 113-121.

¹⁴⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: << Capítulo XVIII.- Las sanciones administrativas >> en *Curso de Derecho Administrativo II*. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ, T.R. Ed. Civitas, 13ª edición. Madrid, 2013. Págs., 169-214; PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo... Op. cit.*, Págs., 21-52, 745-788. "La CE otorga cobertura a la potestad punitiva desde la perspectiva de las garantías individuales (arts. 24, 25 y 26 CE) y contempla tanto el *ius puniendi* en sentido estricto o poder de condena a penas por la comisión de delitos o faltas (ilícitos penales), como la potestad de imposición de sanciones por la comisión de infracciones administrativas. De ello se sigue la importante consecuencia del carácter general de la referida cobertura, también por tanto para la potestad sancionadora de infracciones administrativas, que puede así actualizarse en todos y cada uno de los sectores de la acción administrativa. Resulta entonces un modelo constitucional en el que no se da una correspondencia exacta entre función y organización punitivas en amplio sentido, por ausencia de monopolio judicial sobre la primera. El poder de infligir un mal como retribución por un ilícito aparece repartido entre el poder judicial y el ejecutivo en forma específica, pero que deja amplio margen de libertad al legislador ordinario

Con la ocupación pacífica de bienes inmuebles; desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, parece que el mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues, tanto por la vía judicial penal (art. 245.2 CP) como por la vía administrativa (art. 37.7 LOPSC). Si bien, reservándose expresamente esta última vía cuando los hechos *no sean constitutivos de infracción penal*.

Podríamos pensar que la transición (más que transición en algunos casos es reproducción) del Código Penal a la Ley de Seguridad Ciudadana de determinadas conductas (entre las que se pudiera imaginar que se halla la ocupación de inmuebles y otras vinculadas en muchos casos a la protesta social) se debe a un relajamiento en su persecución; si bien ocurre todo lo contrario. Se trata de un reforzamiento, pues, cuando la conducta no sea sancionable por los Tribunales del orden penal podrá ser sancionada administrativamente. Además, se trata de una huida del control judicial donde rige la presunción de inocencia, y una deriva hacia un modelo de control administrativo donde impera la presunción de veracidad de la autoridad sancionadora y que obligará al denunciado al abono de tasas, que impone la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, para recurrir la sanción. Nos

en el desarrollo de la norma fundamental: 1.- Al poder judicial corresponde como tal, en exclusiva, el ejercicio del *ius puniendi*, entendiéndose por tal el referido a ilícitos definidos legalmente como penales (delitos y faltas). Como resulta de los artículos 24.2 y 25 CE, su ejercicio tiene lugar mediante condena y se traduce en una pena. 2.- A la Administración Pública corresponde únicamente la potestad de retribución de ilícitos definidos legalmente como infracciones administrativas. De los artículos 24.2, 25 y 26 CE se desprende que dicho ejercicio puede ser realizado directamente por la Administración Pública y se traduce en la imposición de sanciones. Se aparta, así, nuestra CE del modelo ideal judicialista, al consagrar la coexistencia con el *ius puniendi* estricto reservado al poder judicial de la potestad administrativa de represión de ilícitos meramente administrativos. Sin embargo y como resulta de lo dicho, esta coexistencia no significa ni concurrencia perfecta, ni equivalencia. Es clara la voluntad de diferenciación de la norma fundamental, que se manifiesta no solo en la distinta terminología empleada (delito/falta-infracción administrativa; pena-sanción), sino también en el establecimiento de prescripciones especiales para la potestad administrativa (arts. 25.3 y 26 CE) y, sobre todo, en la distinta finalidad institucional de ésta y el *ius puniendi* penal judicial y el menor alcance de la administrativa respecto de la penal: aquélla en ningún caso puede comprender la imposición de males que impliquen (directa o indirectamente) la privación de libertad (en tanto que este mal solo puede ser infligido por una pena, es decir, una condena judicial: art. 25.3 CE). PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo... Op. cit.*, Pág., 756.

encontramos, pues, ante una pérdida de garantías propias de un Estado de Derecho, y ante la presencia de obstáculos que dificultan el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁴⁶⁷.

La principal dificultad que se plantea entre los artículos 245.2 del Código Penal y el 37.7 párrafo 1º de la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana es determinar la diferencia existente entre ambos¹⁴⁶⁸.

A) Diferenciación por razón del objeto material

De la sola lectura de la infracción penal (art. 245.2 CP) y la administrativa (art. 37.7 párrafo 1º LOPSC) se colige que para que exista infracción penal es preciso “*que el inmueble no constituya morada*”, exigencia que no está presente en la infracción administrativa.

Como ya expusimos, en el ámbito penal el elemento negativo de definición del objeto material, “*que no constituyan morada*”, lleva a descartar los inmuebles habitados, las segundas viviendas, los domicilios de personas jurídicas y

¹⁴⁶⁷ GREENPEACE. *No a la Ley Antiprotesta. Análisis de la reforma de la Ley de Seguridad Ciudadana*. Ed. Greenpeace. Madrid. Febrero 2014. Pág., 3. “En definitiva, todas aquellas infracciones administrativas que puedan ser constitutivas de delito, recordemos que muchas de ellas introducen de forma expresa la coletilla “cuando no sean constitutivas de infracción penal” se deberán trasladar de forma prioritaria a la vía penal, iniciando un procedimiento judicial, pero si finalmente, supongamos no existen indicios de criminalidad o no hay pruebas de cargo suficientes, esta vía se archivará o incluso dará lugar a sentencia absolutoria, procediendo entonces a iniciar un procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, hay que matizar que si bien en el procedimiento sancionador al igual que en el proceso penal, existe el principio de presunción de inocencia (art. 137 de la Ley 30/1992 RJAP y PAC), no es necesario que existan pruebas de cargo suficientes para desvirtuar la misma como así exige la vía penal, siendo suficiente la presunción de veracidad (salvo prueba en contrario) de la que gozan los agentes de la autoridad, así como, sus actas, denuncias y atestados formulados, siendo base suficiente para una resolución sancionadora. Así lo establece expresamente el art. 52 de la nueva Ley, con el único condicionante de que si los hechos son negados por el denunciado, se deberán ratificar por los agentes denunciadores que presenciaron los mismos”. GUILLÉN ÁLVAREZ, G.: << Estudio y análisis jurídico de la nueva Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana >> en *Diario La Ley*. Año XXXVI. Nº 8633. Sección Doctrina, 27 de Octubre de 2015. Editorial La Ley. Págs., 15-16.

¹⁴⁶⁸ Dispone el artículo 245.2 CP: “*El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses*”. Con similar redacción el 37.7 LOPSC: “*La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada*”.

establecimientos mercantiles, o locales abiertos al público, despachos profesionales y oficinas, y sus dependencias (arts. 20.4, 202 a 204 y 241 *a sensu contrario*).

La ausencia de este elemento negativo de definición del objeto material supone que las conductas de ocupación o mantenimiento en inmueble, vivienda o edificio ajenos del artículo 37.7 párrafo primero de la Ley Orgánica 4/2015, pueden recaer tanto sobre *inmuebles que no constituyan morada*, como sobre *inmuebles que constituyan morada*, siempre que en ambos casos “no sean constitutivas de infracción penal”. Ello implica que *la sanción administrativa abarca, por razón del objeto material, más conductas que las previstas en el orden penal*; pero sigue sin permitirnos establecer la diferenciación entre la sanción administrativa y la penal en aquellos supuestos que el inmueble, vivienda o edificio ajenos no constituyan morada. (Requisito este último que si bien es ineludible para que se dé la conducta penal, no lo es así en el orden administrativo -donde puede tanto estar presente como ausente-).

a) Inmuebles que no constituyan morada

Una posible forma de interpretación de estos artículos que permitiera distinguir ambas infracciones, sería poner el objeto material de cada infracción (penal y administrativa) en relación con el bien jurídico protegido; siendo necesario realizar, por tanto, un análisis *objetivo funcional*, respecto de cada una de estas figuras tipificadas¹⁴⁶⁹. Siguiendo este análisis no tendrá un significado distinto para el delito de usurpación impropia (art. 245. 2 CP), que para la sanción administrativa (art. 37.7 párrafo 1º LO 4/2015) el concepto de “inmueble, vivienda o edificios ajenos que no constituyan morada” si ambas infracciones tratan de proteger los mismos bienes jurídicos. Y por el contrario podrán tener un significado distinto si persiguen la tutela de bienes jurídicos diferentes. Con el primero se protege el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico jurídico, y el orden público; y con la segunda la seguridad ciudadana. Como ya expusimos el mantenimiento del orden público material es presupuesto indispensable para la consecución de un estado de seguridad ciudadana, ya que sólo cuando existe

¹⁴⁶⁹ Sobre la interpretación objetivo funcional, Cfr., BAZA DE LA FUENTE, L.: << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >> en *Cuadernos de Política Criminal... Op. cit.*, Págs., 906-907; BAUCCELLS I LLADOS, J.: << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.)... *Op. cit.*, Pág., 727.

orden y tranquilidad exterior es posible alcanzar esta última como situación real y personal. Seguridad ciudadana que se tutela (art. 1.2 LOPSC) *mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos*. Por lo que se puede afirmar que ambas infracciones tratan de proteger los mismos bienes jurídicos; si bien de forma más amplia aún la infracción administrativa, pues, el orden público es medio para alcanzar el fin, la seguridad ciudadana¹⁴⁷⁰.

No obstante, aunque el análisis *objetivo funcional* no nos permita establecer diferenciación alguna, sí que atendiendo a uno de los fines específicos de la LOPSC, “*la pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales, y en general, espacios destinados al uso y disfrute público*” (art. 3.f LOPSC) podemos afirmar que aunque el objeto material puede ser cualquier inmueble que no constituya morada, la Ley está especialmente pensada para tutelar tanto las vías y demás bienes demaniales como los espacios destinados al uso y disfrute público, siempre que sean inmuebles y que la ocupación o permanencia en ellos no sea constitutiva de infracción penal¹⁴⁷¹.

b) Inmuebles que constituyan morada

Sentado lo anterior, se hace preciso determinar qué puede entenderse en el orden administrativo por ocupar o permanecer en un *inmueble que constituya morada*. Partiendo del mismo análisis *objetivo funcional* a que aludíamos anteriormente, no tendrá el mismo significado para los delitos de allanamiento el concepto de morada donde se protege la intimidad (arts. 202-203 CP), que para la sanción administrativa que persigue la protección de la seguridad ciudadana. En tales casos entendemos que se trata de tutelar cualquier espacio común (pues en el espacio no común o privativo se protege

¹⁴⁷⁰ ESCRHUELA olvidando que la infracción administrativa no exige que el inmueble no constituya morada sostiene que ésta se limita a “aquellos casos de edificios o casas ruinosas que carecen de habitabilidad”. ESCRHUELA CHUMILLA, F.J.: *Todo Penal*. Ed. La Ley. Wolters Kluwer España, S.A., 2ª edición. Madrid, 2016. Pág., 1157.

¹⁴⁷¹ El artículo 338 del Código Civil realiza una clasificación bimembre de los bienes según a quienes pertenecen, al establecer: “*Artículo 338.- Los bienes son de dominio público o de propiedad privada*”. Conforme al artículo 339 se establecen cuáles son los bienes de dominio público: “*Artículo 339.- Son bienes de dominio público: 1º.- Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puentes y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos. 2º.- Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión*”.

la intimidad), público o privado de domicilios de personas jurídicas y establecimientos mercantiles, o locales abiertos al público, despachos profesionales y oficinas, y sus dependencias que se ocupen o se permanezca en ellos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular siempre que sean inmuebles y la conducta del sujeto infractor no sea constitutiva de infracción penal.

Determinada la distinción entre infracción penal y administrativa conforme al análisis *objetivo funcional*, se colige que pese a lo afirmado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana¹⁴⁷², la conducta no se solapa (o al menos no se solapa solamente) con el delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal, como inicialmente pudiera parecer por su similitud en la redacción, sino que hay que poner en relación como techo superior de estas conductas, también los delitos tipificados en el 203 del Código Penal (en las modalidades en que no se exige violencia o intimidación) e incluso con el 557 ter¹⁴⁷³. El análisis *objetivo funcional* y la ausencia del elemento negativo del

¹⁴⁷² El artículo 36.9 tipifica como infracción leve "La ocupación de cualquier espacio común, público o privado, fuera de los casos permitidos por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente, o la permanencia en él contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de delito". La conducta se solapa con el delito de usurpación del artículo 245.2 CP, que queda inalterado con el Proyecto de reforma del CP. No existiendo justificación para su inclusión en el Anteproyecto". *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana*. Madrid, 27 de marzo de 2014. Pág., 71.

¹⁴⁷³ Artículo 557 ter.- "1.- Los que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal, serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código. 2.- Los hechos serán castigados con la pena superior en grado cuando concurren las circunstancias 1ª, 3ª, 4ª ó 5ª del artículo 557 bis". Adviértase que en este artículo 557 ter "se castiga a quienes actuando en grupo, o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, alguno de los siguientes lugares: - domicilio de una persona jurídica, pública o privada; o - despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentren abiertos al público. Por tanto, se incluyen en este precepto espacios tanto abiertos como cerrados al público. Ahora bien, el tenor literal del tipo no obliga a entender que sean típicas su invasión u ocupación fuera de las horas de apertura. Para que concorra el delito es necesario que se cause una perturbación relevante tanto de la paz pública como de su normal actividad, por lo que la conducta se debe realizar durante las horas de apertura (fuera de estas no se perturba su normal actividad), y, además, debería exigirse cierta permanencia en el tiempo. Sin embargo, obsérvese como no se requiere el uso ni de violencia ni de intimidación, de modo que bien podrían subsumirse en este tipo penal meras manifestaciones pacíficas, criminalizando la disidencia ciudadana. La pena prevista es la de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este código. Por tanto, la relación concursal entre esta figura y cualquier otra en la que también se pudieran subsumir tales hechos da lugar a un concurso de normas a resolver con base en el principio de alternatividad (CP art.8.4ª). Además, cuando concurren las circunstancias: portar armas o instrumentos peligrosos o exhibir armas simuladas, llevar a cabo los hechos en manifestación o reunión

objeto material “que no constituya morada” en la sanción administrativa nos llevan a esta conclusión. Consideramos, como afirma PRECIADO DOMÈNECH que lo que se pretenden sancionar, fundamentalmente, son acciones de protesta tanto en la vía pública (v. gr., acampada en la Puerta del Sol por movimiento 15-M), como otras modalidades de protesta en espacios comunes públicos o privados (v. gr., encierros en empresas, en bancos, en organismos oficiales, etc.)¹⁴⁷⁴.

Desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica se pretende que el uso del espacio público ya no se rija por el principio general del uso común al que se refería el Código Civil en su artículo 344, sino que parece seguir la tesis de que el espacio común,

numerosas, realizar actos de pillaje o prevalerse de la condición de autoridad, agente o funcionario (CP art.557 bis), la pena aumentará en grado. Precisiones: Considerar que este delito no puede realizarse fuera de las horas de apertura evita solapamientos con lo previsto en el delito de allanamiento de morada de local abierto al público fuera de las horas de apertura (CP art.203). Además, cuando el legislador ha querido proteger estos espacios fuera de sus horas de apertura al público lo ha dicho expresamente. Por último, ha de tenerse en cuenta que se prevé como infracción leve “la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal” (LO 4/2015 art.37.7). Por tanto, el CP... sólo debiera ser de aplicación ante perturbaciones verdaderamente relevantes, cuyo límite con la infracción administrativa deberán ir realizando los tribunales de justicia”. *Memento Penal*. Lefebvre. El Derecho. <http://online.elderecho.com>.

¹⁴⁷⁴ “Se reprimen las protestas en cualquier espacio común, público o privado o la permanencia en él contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular. Hay que poner en relación como techo superior de estas conductas los delitos tipificados en el art. 203.2 CP que castiga los supuestos en que se producen fuera de las horas de apertura. Por tanto se sancionan protestas en bancos, encierros en empresas y otras formas de protesta pacífica que actualmente son molestas para la mayoría en el gobierno”. PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *Anteproyecto de ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas*. <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/INFOLEYSEGcIUDADANA.pdf>. Pág., 27. “El Señor Sixto Iglesia: “Va a suponer también una limitación del funcionamiento libre de los piquetes por el tema de la ocupación de edificios, porque se limita la labor de información y de acceso a los edificios. Es decir, se puede estar limitando mediante esta ley también el derecho de los trabajadores a hacer huelga, el derecho de los trabajadores a hacer la labor sindical que se le otorga constitucionalmente a los sindicatos. Este proyecto de ley establece una nueva jurisdicción especial. Reputados juristas han dicho: es un código disciplinario para militarizar la sociedad, es más fácil sancionar administrativamente que llevar el caso ante el juez. Y eso es, señorías, lo que ha venido pasando y el verdadero problema que ha tenido el Ministerio del Interior hasta ahora. En la mayoría de ocasiones en las cuales el Ministerio del Interior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, han intentado llevar ante los tribunales a las personas que han estado en manifestaciones acusadas de desacato, de desobediencia, de atentado, de alteraciones, en infinidad de ocasiones, las garantías del Estado de derecho, las garantías judiciales han hecho que esos casos sean desestimados por los jueces. Sin embargo, este proyecto de ley contiene un artículo 45.3 que le da el verdadero carácter de código penal administrativo, que establece que cuando los jueces terminen su labor y archiven el caso porque no hay procedimiento penal, sin embargo, a partir de ahí, el Ministerio del Interior podrá abrir el procedimiento sancionador, el procedimiento administrativo para establecer la sanción. De hecho, todo el texto legal está lleno de conceptos sancionables que terminan con la coletilla de “cuando no constituyan infracción penal”. Señorías, si no constituyen infracción penal, no tienen por qué ser sancionados en una ley administrativa. (Aplausos), no tienen por qué ser sancionados. ¿Por qué se le otorga a usted, señor ministro, la capacidad de sancionar directamente a la gente por hechos que no son delito y que el legislador en el Código Penal no ha querido que sean delito?”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2014. X Legislatura. Núm. 248. Pág., 79.

público o privado, ha de estar regulado y cualquiera de sus usos sometido a autorización¹⁴⁷⁵.

B) Diferenciación por razón de la conducta

Delimitado el objeto material conforme al análisis objetivo funcional anteriormente expuesto, resta por determinar en qué casos la ocupación o el mantenimiento *no sea constitutivo de infracción penal*, y sí de sanción administrativa.

No ofrece duda, que la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia (el mantenimiento) en ellos, está contemplado tanto en el artículo 245.2, 203 y 557 ter del CP, como en el párrafo 1º del artículo 37.7 de la LOPSC. Es de interés indicar que la norma administrativa considera que estas conductas pueden ser delito al decir expresamente “cuando no sean constitutivas de infracción penal” con lo que ya da una orientación sobre cómo interpretar esa infracción administrativa, y de modo indirecto cómo afecta a la interpretación de los artículos 245.2 y, sobre todo, 203 y 557 ter CP.

Del juego de ambos preceptos (penal y administrativo) resulta que el hecho de la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia (el mantenimiento) en ellos puede ser una infracción administrativa o un delito pero no se especifica dónde hay que buscar el elemento de distinción, a diferencia de lo que sucede con otras conductas como *v. gr.*, el circular conduciendo un vehículo de motor después de haber ingerido bebidas alcohólicas¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷⁵ CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA.: << La nueva Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (Informe 12/2014) >> en *Informes 2014. Comisión Jurídica. Consejo General de la Abogacía Española*. Ed. Tirant lo Blanch, 2015. Págs., 44-45. Dispone el artículo 344 del Código Civil: “*Son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias. Todos los demás bienes que unos y otros posean son patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales*”.

¹⁴⁷⁶ El artículo 379 CP sanciona la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y en todo caso cuando se supere la tasa de alcohol en aire espirado de 0,60 miligramos por litro o de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro. El texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial que la considera falta muy grave cuando se supere la tasa reglamentariamente determinada (0,25 miligramos por litro en aire espirado). Siendo claro el marco en que se desenvuelve una y otra.

No podemos pensar que el legislador ha infringido el texto constitucional creando una nueva infracción administrativa (o manteniendo la vigencia del tipo penal tras la entrada en vigor de la LOPSC) que no respeta el principio de proporcionalidad, o de intervención mínima, si se quiere. Ello supone que esa coexistencia ha de ser razonable y que es preciso realizar una interpretación que adecuándose a la letra de ambas infracciones, sea respetuosa con el texto de la Carta Magna. Dicho de otro modo, es necesario hacer una lectura constitucional de la situación que se genera con la existencia de la doble previsión sancionadora.

Eso es lo que hizo el Tribunal Constitucional en su sentencia 24/2004, de 24 de febrero, dando respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad del art. 563 del Código Penal, que castiga la posesión de armas. En dicha sentencia señaló que la interpretación de un determinado delito, cuando concurre con una infracción administrativa, ha de realizarse por la vía de la reducción del primero, algo evidente dado que con ello se respeta el principio de proporcionalidad o intervención mínima. En palabras del Alto Tribunal *“el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas”*. Varias son, según esa sentencia, las vías con las que cuenta el intérprete penal para operar esa reducción¹⁴⁷⁷.

La diferencia no podemos hallarla en la descripción de la acción misma porque ambos contemplan el hecho de la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia (el mantenimiento) en ellos, con lo que será necesario examinar cuales han de ser los pautas marcadas por el Tribunal Constitucional en la sentencia que se ha citado:

- La primera sería acudir al sentido gramatical, dando a cada término la expresión exacta.
- En segundo lugar acudiendo a los principios generales de limitación del *ius puniendi* que impiden que existan delitos meramente formales penalizando infracciones administrativas.

¹⁴⁷⁷ Tribunal Constitucional Pleno, S 24-2-2004, nº 24/2004, BOE 74/2004, de 26 de marzo de 2004, rec. 3371/1997, Pte: Pérez Vera, Elisa (EDJ 2004/5420).

- Y en tercer lugar teniendo en cuenta la protección del bien jurídico de modo que solo cuando la acción tenga potencialidad para lesionarlo, más allá de lo que en su caso prevea la infracción administrativa, la acción en cuestión podrá ser considerada como infractora del ordenamiento penal.

Si comenzamos por el primero de los citados criterios no llegamos a una distinción. En ambos casos la acción es la misma, la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia (el mantenimiento) en ellos. La única diferencia, como ya expusimos, la encontramos en la exigencia en el ámbito penal de que el objeto material “no constituya morada”, lo que permite sostener que en el ámbito administrativo su objeto material es más amplio al poder recaer tanto sobre inmuebles que constituyan morada como sobre los que no cumplan tal requisito. Pero la acción, ocupar o permanecer (mantenerse dice el Código Penal) es la misma¹⁴⁷⁸.

La segunda posibilidad vendría de la mano de determinar los límites del *ius puniendi*. Serían compatibles ambas infracciones en el supuesto de que protegieran relaciones diferentes, como sucede cuando se trata de situaciones de sujeción especial, relaciones de supremacía especial de la Administración, en las cuales además del bien que el delito trata de proteger, existe otro que es el buen funcionamiento de la Administración. Solo cuando se produce esa doble vinculación del sujeto con la Administración es posible hacer compatibles ambas infracciones. En este caso, no se da en realidad tal dualidad. En esas ocasiones, en las que existe una sujeción especial, no se da la vulneración del principio “non bis in idem” porque esa relación especial con la Administración opera en un ámbito diferente, en realidad lo que se afirma es que la sanción, en tales casos, protege otros bienes distintos de los que con carácter general se pretende proteger¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁸ Sobre la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo, *Vid.*, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Volumen I...* *Op. cit.*, Págs., 95-105.

¹⁴⁷⁹ *Vid.*, Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 30-1-1981, nº 2/1981, BOE 47/1981, de 24 de febrero de 1981, rec. 90/1980, Pte: Díez de Velasco Vallejo, Manuel (EDJ 1981/2): “El principio general del derecho conocido por “non bis in idem” supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....) que justificase el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”. Y también, Tribunal Constitucional Pleno, S 8-7-1986, nº 94/1986, BOE 174/1986, de 22 de julio de 1986, rec.

La infracción prevista en el art. 37.7 párrafo 1º no contempla un supuesto de sujeción especial puesto que no va destinada a quienes tienen una vinculación con la Administración de un nivel superior al que tiene cualquier ciudadano medio por lo que hemos de entender que con el establecimiento de la infracción administrativa se trata de prevenir en parte el mismo efecto o consecuencia que con el delito.

Tampoco resuelve el problema de la distinción considerar que es compatible la existencia del delito y de la infracción administrativa porque la preferencia del orden penal desplaza al administrativo. Una cosa es que exista una preferencia del orden penal, cuando se producen hechos que pueden ser delito o infracción administrativa, y otra que se produzca *de facto*, como así sucede con esa interpretación, una derogación del art. 37.7 párrafo 1º LOPSC porque si se pretende que siempre se ha de llevar, una ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia (el mantenimiento) en ellos, por el tipo del art. 245.2 ó 203 CP, en la práctica se afirma que nunca tendrá cabida la aplicación del precepto administrativo que sanciona la misma conducta. Además se puede argumentar que la introducción de la sanción administrativa por la LOPSC, es posterior a la tipificación del delito previsto en el art. 245.2 ó 203 CP y expresamente se recoge en ella la cláusula “cuando no sean constitutivas de infracción penal” de modo que el mantenimiento de ambas infracciones lo que pone a las claras es que se ha querido mantener un marco sancionador distinto. Es más, la existencia misma de hechos que pueden ser encuadrados por la forma en la que se describen las conductas merecedoras del reproche sancionador, bien en el delito, bien en la falta administrativa, lo que implica es el poco cuidado del legislador a la hora de definir las infracciones, o bien que *in mente* tenía que actuar sobre bases diferenciadas.

845/1983, Pte: Vega Benayas, Carlos de la (EDJ 1986/94): “El principio “non bis in idem” no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque, como ha declarado este Tribunal, desde su S 2/1981 de 30 enero, dicho principio está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 CE. Dicho principio del “non bis in idem”, tal y como lo ha venido interpretando este Tribunal (SS 2/1981 de 30 enero, 159/1985 de 27 noviembre y 23/1986 de 14 febrero), impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisble reiteración en el ejercicio del “ius puniendi” del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración”.

No advertimos que pueda hacerse compatible, desde los puntos de vista expuestos, la coexistencia del delito del art. 245.2 ó 203 del Código Penal con la infracción del art. 37.7 párrafo 1º de la LOPSC. Hemos de partir del estricto respeto a la división de poderes y las facultades que ello implica y, desde luego, dar por supuesto que el legislador no ha actuado de modo arbitrario o ilógico al plantear la dualidad de marcos sancionadores. Lo cual, siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en orden a la conservación de las leyes¹⁴⁸⁰, que exige hacer una interpretación acorde con el texto de la carta magna de los delitos, implica que hemos de buscar un punto o elemento diferenciador que permita que el ciudadano, cuando ocupa o permanece en un inmueble, pueda conocer de antemano cual puede ser la respuesta de los poderes públicos, esto es, pueda saber si lo que realiza podrá ser considerado delito o falta administrativa¹⁴⁸¹.

¹⁴⁸⁰ “En virtud del principio de conservación de la ley, este Tribunal ha declarado reiteradamente que sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos "cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma" (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8, citando entre otras muchas las SSTC 93/1984, de 16 de octubre, 115/1987, de 7 de julio, 105/1988, de 8 de junio, 119/1992, de 18 de septiembre), habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera, si bien nuestra labor interpretativa tiene por objeto establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza "a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos" (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2). En definitiva, la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, usurpando este Tribunal funciones que corresponden al legislador”. Tribunal Constitucional Pleno, S 24-2-2004, nº 24/2004, BOE 74/2004, de 26 de marzo de 2004, rec. 3371/1997, Pte: Pérez Vera, Elisa (EDJ 2004/5420).

¹⁴⁸¹ Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 2-7-2015, nº 87/2015, rec. 62/2015, Pte: Ochoa Vidaur, María Isabel (EDJ 2015/132667): “En un estado de derecho la división de poderes que lo sustenta supone que, dentro de su esfera funcional, cada uno de ellos tiene libertad para adoptar sus decisiones; ello supone que, en principio, para la determinación de los tipos penales que han de dar respuesta a las conductas antisociales más graves el legislador cuenta con un amplio margen de libertad. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en la sentencia 55/96 de 28 de marzo "La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Así lo hemos afirmado ya en otras ocasiones (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 3º; 160/1987, fundamento jurídico 6º b); ATC 949/1988, fundamento jurídico 1º), sin que parezca necesario ahora ahondar en su justificación a la vista de nuestro Texto constitucional y de los postulados básicos de un criterio democrático de legitimidad en la organización del Estado. En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática". Ahora bien esa libertad no es absoluta sino que se ha de desarrollar dentro del marco de principios que la Constitución establece y ello porque todo el ordenamiento jurídico, y el apartado constitucional no es una excepción, tiene su razón de ser en el respeto de los derechos del ciudadano; no se legisla en favor o beneficio del estado sino para la protección

Si partimos de que el Derecho penal solo sanciona las conductas más graves forzoso será buscar en los hechos mismos la distinción y así solo podrá hablarse de delito del art. 245.2 ó 203 CP cuando el riesgo generado por el hecho de la ocupación o mantenimiento sea superior al que se produce por el solo hecho de hacerlo. Dicho de otro modo, en general la ocupación o el mantenimiento será infracción administrativa y

de los derechos que todos y cada uno de los ciudadanos tienen por su propia naturaleza y que todo el entramado normativo reconoce incluso frente al estado quien, por medio de la ley y más aún la de naturaleza penal, se autolimita en el ejercicio de sus propias potestades; esto es, tales derechos no son creados por las leyes, ni siquiera por la Constitución, sino que aquellas y esta lo que hacen es reconocer su existencia y garantizar su ejercicio y puesto que se trata de derechos propios su ejercicio y reconocimiento se realiza incluso frente al estado. Así se desprende de la sentencia citada y de la 136/1999 de 20 de julio. Continúa señalando dicha sentencia que "Cuando el legislador decide sancionar las conductas que considera merecedoras del ejercicio del ius puniendi tiene, en el ordenamiento español, dos opciones; bien entender que su gravedad es tal que merecen la respuesta más severa y contundente, y por tanto considerarlas delitos, o bien estimar que con la reacción más leve de la sanción administrativa se consigue el mismo fin. Y esa dualidad lleva consigo el que tenga que realizar un gran esfuerzo para que la definición de los tipos penales y las faltas administrativas sea clara y precisa de modo que ofrezcan la seguridad suficiente como para que el ciudadano pueda conocer de antemano cual es la respuesta que debe esperar por la realización de aquellas conductas prohibidas y con mayor rigor si se trata de la tipificación de las conductas que se enmarcan en el derecho penal, STC 136/99 de 20 de julio y más específicamente en sentencia 24/2004 de 24 de febrero donde se dice "junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. En este sentido hemos declarado (como recuerda la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3) "que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994 y 151/1997, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la ley ha de describir ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998)". En particular ha de evitar el solapamiento entre delitos y faltas administrativas puesto que si ello se produce no habrá realizado un ejercicio de su libertad acorde con el texto constitucional. Como ya se dijo el legislador tiene libertad para definir qué acciones son merecedoras de reproche penal pero su decisión ha de respetar un inicial principio, el de intervención mínima. A él se refiere el Tribunal Constitucional en su sentencia 136/99 ya citada cuando dice: "Conviene advertir al respecto que el derecho a la legalidad penal opera, en primer lugar y ante todo, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados", por lo que el establecimiento de una conducta como constitutiva de delito que no respete el marco de proporción entre el reproche que merece y la consecuencia que se dispone para el supuesto de producción estará infringiendo el derecho a la legalidad penal tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional. De un modo más rotundo "Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, "a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador" (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º)", sentencia 136/99. En definitiva, existe una infracción del principio de legalidad penal, art. 25 de la Constitución, cuando se crean tipos que exceden el mínimo que resulta indispensable para la sanción de las conductas; a sensu contrario, si existe un medio jurídico menos gravoso para los derechos de los ciudadanos que pueda permitir conseguir el mismo fin no está justificada la calificación de la acción como delictiva y si se hace no se respeta el principio de proporcionalidad que deriva del principio de legalidad, sentencia del Tribunal Constitucional 24/2004".

solo cuando se demuestre, por las circunstancias concretas de los hechos, que ese riesgo es superior al que trata de proteger la norma administrativa podrá hablarse de delito. Es obvio que no es posible hacer un elenco o catálogo de supuestos, que siempre tendrán un carácter relativo, pero entendemos que con las bases establecidas será suficiente como para poder diferenciar en qué ocasiones los hechos han de merecer el reproche del Derecho penal¹⁴⁸².

La Jurisprudencia *menor*, en el caso concreto de concurrencia de ilícito penal y administrativo, ha tenido ocasión de pronunciarse y manifiesta expresamente: que la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, si bien degrada la consideración como leve del delito de usurpación de bien inmueble, en ningún caso lo despenaliza; que la Ley de Seguridad Ciudadana es subsidiaria de la regulación penal; que la preferencia que se impone de la jurisdicción penal sobre la administrativa obliga a la Administración a abstenerse de actuar en los supuestos en que los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; y que cuando tal deber de abstención se infringe, procede declarar nulo el acto administrativo sancionador o computar la sanción administrativa en la ejecución de la pena¹⁴⁸³.

¹⁴⁸² *Vid.*, Audiencia Provincial de Toledo, sec. 2ª, S 2-7-2015, nº 87/2015, rec. 62/2015, Pte: Ochoa Vidaur, María Isabel (EDJ 2015/132667).

¹⁴⁸³ *Vid.*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16ª, S 29-1-2016, nº 55/2016, rec. 107/2016, Pte: Teijeiro Dacal, Francisco Javier (EDJ 2016/17691): “La reforma del Código Penal introducida por la Ley 1/15, de 30 de marzo, si bien degrada la consideración como leve del delito de usurpación de bien inmueble, en atención a la pena de multa de uno a tres meses con el que se castiga, en ningún caso lo despenaliza, siendo otras normas de rango administrativo, como la Ley de Seguridad Ciudadana, subsidiarias de la regulación penal y de ninguna manera incompatibles, conforme refrenda una amplia doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. En realidad, la preferencia que se impone de la jurisdicción penal sobre la administrativa obliga a la Administración a abstenerse de actuar en los supuestos en que los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; y cuando tal deber de abstención se infringe, dos soluciones se dan al respecto: declarar nulo el acto administrativo sancionador o computar la sanción administrativa en la ejecución de la pena. La doctrina constitucional en este punto ha evolucionado desde las tesis propugnadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, que sostenía que la interdicción del “non bis in idem” no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiera establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado y que lo verdaderamente relevante a la hora de tutelar, adecuada y eficazmente el derecho fundamental a no ser doblemente castigado, no es la perspectiva meramente procedimental en que se cristaliza la vertiente procesal del “non bis in idem”, sino que lo decisivo es el aspecto sustantivo que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción, por los mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y administrativo. Dicha doctrina ha quedado, no obstante, superada por la más reciente Sentencia 2/2003, de 16 de enero, dando relevancia constitucional al aspecto formal o procesal del principio “non bis in idem”, y sobre todo, declarando, tras afirmar que en tal supuesto efectivamente existía la identidad requerida para la aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en “bis in idem”, que ello no debe llevar al automatismo de estimar el amparo, sino que debe indagarse si la

2.3.- Propuestas de *lege ferenda*

Hay que decir, ante todo, que el llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir la intervención del Derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal¹⁴⁸⁴.

interdicción de incurrir en "bis in idem" constitucionalmente garantizada por el artículo 25 de la Constitución Española se satisface con una solución como la adoptada en el caso concreto. Y en este supuesto, no consta que la autoridad administrativa hubiera sancionado tal conducta previamente". CUERDA RIEZU sostiene, sobre el descuento o compensación por parte del Tribunal penal de la previa sanción administrativa, que lo correcto es que cuando ya ha existido una previa sanción administrativa y el mismo hecho es objeto después de un enjuiciamiento penal, proponer un indulto total o parcial (que equivalga al descuento de la sanción administrativa), y asimismo proponer al Gobierno mediante exposición razonada que reforme el Código y prevea el descuento mediante una norma expresa. *Vid.*, CUERDA RIEZU, A.: << El descuento o la compensación como criterio para evitar un bis in idem. ¿Cumplimiento de la Constitución con incumplimiento de la Ley >> en *Un Derecho Penal Comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. MUÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J.M., FERRÉ OLIVÉ, J.C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ PAZ, M.A. (DIRS.); Y NÚÑEZ PAZ, M.A. (EDITOR Y COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Págs., 239-266.

¹⁴⁸⁴ "El crimen, en cuanto constituye una infracción (*Unrecht*), es, como el delito civil, un acto culpable contrario al Derecho. Esta reprobación jurídica, que recae sobre el acto es doble. 1. El acto es *formalmente* contrario al derecho, en tanto que es una transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. 2. El acto es *materialmente* ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial). El acto contrario a derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por consiguiente, una lesión o riesgo de un bien jurídico. Pero esta regla debe ser interpretada restrictivamente... La protección de los intereses vitales es el *primer* deber de las normas jurídicas. Pero, por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales (que son elevados a bienes jurídicos por la protección que el Derecho les otorga) no pueden ser totalmente impedidos los conflictos de los intereses y las colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana (garantizar la consecución de la cual, es el *último* y principal deber del orden jurídico) exige que en un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior. De aquí resulta: que la lesión o riesgo de un bien jurídico *sólo* será materialmente *contraria al derecho* cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente *legítima*, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana. Este contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. La norma jurídica se encuentra ante él; ella no lo crea. La ilegalidad formal y material pueden coincidir, pero pueden también discrepar. No es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva, pero no es imposible. *Caso de que exista, el juez está ligado por la ley*; la rectificación del derecho vigente está más allá de los límites de su misión". VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo segundo... Op. cit.*, Págs., 323-325.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos (los llamados “delitos bagatelas” o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social) pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación de que el Derecho penal actúa, en la protección penal, de forma accesoria y subsidiaria con respecto al Derecho administrativo¹⁴⁸⁵.

La fortaleza que representa la aplicación de las leyes penales, sus consecuencias y su propia definición se sitúan muy por encima de las restantes parcelas del Derecho, y por ello (desde un punto de vista racional) se hace necesario un especial acopio de razones que no sólo fundamenten su existencia, sino que además garanticen que su finalidad y fundamento no se desvirtúe sobre todo por exceso. Así surge la configuración de determinados principios, que diseñan el marco limitador del Derecho Penal a modo de garantías, y entre los que se encuentra el de intervención mínima que puede verse también catalogado bajo los conceptos del carácter fragmentario, última ratio, prohibición del exceso y subsidiariedad del Derecho penal: sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes son merecedores del reproche penal¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸⁵ *Vid.*, Tribunal Supremo Sala 2ª, S 19-1-2002, nº 7/2002, rec. 2216/2000, Pte: Jiménez Villarejo, José (EDJ 2002/533); Tribunal Supremo Sala 2ª, S 13-2-2008, nº 81/2008, rec. 682/2007, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2008/31067).

¹⁴⁸⁶ “Es evidente la acumulación de normas penales y no penales en casi todos o, incluso en todos los preceptos de la parte especial, en el sentido de encontrar un substrato civil, mercantil, administrativo, o laboral en los tipos delictivos. También resulta indiscutible que tal coincidencia no supone sin más confusión entre los preceptos de diversos órdenes jurídicos y jurisdiccionales, pues la protección penal en tales supuestos es más bien una “sobrepotección”, en el sentido de asentarse en mayor o menor medida sobre la norma de determinación, valoración y protección no penal, pudiendo afirmarse que, en los preceptos punitivos claramente concurrentes con otros no penales, aquéllos se convierten en condición necesaria aunque no suficiente de éstos, lo que significa que no podrá existir delito (injusto penal) si previa o coetáneamente no existe la primaria injusticia civil, administrativa o laboral, si bien la presencia de estas condiciones necesarias nunca será suficiente para reconocer la existencia de un hecho delictivo, que precisará la acreditación fáctica de los restantes elementos positivos y negativos del tipo definido en el precepto penal y, además, del cumplimiento de las exigencias descritas en la parte general del Código penal. Es decir, que si bien es impensable un delito contra el medio ambiente, por ejemplo, cumpliendo fielmente toda la normativa administrativa correspondiente, la infracción de ésta por sí sola configuradora

Si no ha de darse un exceso en la punición (sanción penal) de aquellas conductas de escasa transcendencia y relevancia social, tampoco es ni político-legislativa, ni constitucionalmente admisible, la bagatelización de determinados bienes jurídicos nucleares protegiéndolos exclusivamente mediante infracciones administrativas. La importancia de los bienes jurídicos que se tutelan en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles justifica la necesidad de la tutela penal de tales conductas¹⁴⁸⁷.

No sólo la Fiscalía General del Estado descarta la catalogación de la usurpación pacífica como “delito bagatela”, al excluir expresamente este delito del *principio de oportunidad reglada*, sino que en el entorno europeo se sigue una política criminal de tipificación de estas conductas (Inglaterra, Holanda, Alemania)¹⁴⁸⁸.

Frente a la inicial permisividad hacia las conductas okupas que se dio en el entorno europeo (mediación, institucionalización, legalización de las okupaciones...), con el transcurso de los años se ha terminado sancionando las mismas con penas hasta de prisión y estableciéndose, en ocasiones, modalidades agravadas por la comisión multitudinaria o la actuación en grupo (dos o más personas).

Por todo ello estimamos que debería no sólo mantenerse la tipificación penal de esta conducta sino incrementarse al menos en un día multa la pena de esta figura delictiva para que recuperara la categoría de delito menos grave, y así salvar el error del

de un injusto administrativo no siempre supondrá la existencia de un delito”. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Secundariedad del Derecho Penal Económico...* *Op. cit.*, Págs., 11-12.

¹⁴⁸⁷ GÓMEZ TOMILLO, M.: << La distinción ente la infracción administrativa y el delito >>... *Op. cit.*, Págs., 118-119.

¹⁴⁸⁸ “El modelo de oportunidad por el que opta la reforma procesal se ciñe claramente a los denominados “delitos bagatela”, en los que el interés público se valora en función del coste en recursos materiales y personales que representa su persecución. Si el hecho no presenta una mínima relevancia material que compense el coste del procedimiento, la norma prefiere renunciar a su persecución, dejando en manos del Fiscal la concreta ponderación de los intereses en liza. Este fundamento justificativo de la terminación anticipada del procedimiento exige ponderar la antijuricidad material de la conducta, en sus vertientes de acción y resultado, que habrá de ser valorada caso por caso en atención a las circunstancias del autor o partícipe y del hecho... Se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del art. 245.2 CP por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal” *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*. Págs., 25-33.

legislador tras la reforma del Código Penal introducida por Ley Orgánica 1/2015 que lo degradó, como ya expusimos, junto con otras figuras delictivas a delito leve¹⁴⁸⁹.

Asimismo, consideramos que sería aconsejable por su mayor antijuridicidad añadir un segundo párrafo al artículo 245.2 del Código Penal para imponer la pena en su mitad superior cuando la ocupación o el mantenimiento en el inmueble tuviesen una duración superior a 1 año y cuando el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos.

La razón de establecer el plazo de un año obedece a que se estima que es una perturbación en la posesión de una duración lo suficientemente considerable como para merecer un mayor reproche penal; así, como por el hecho de que transcurrido dicho plazo el despojado ha perdido tanto el poder de hecho que tenía sobre el inmueble como el poder incorporal sobre el mismo (la posesión como derecho), sin que pueda recuperar la tenencia material mediante la oportuna reclamación judicial sumaria (arts. 446 y 460.4 CC, y arts. 250.1.4º y 439 LEC)¹⁴⁹⁰.

La agravación por la pertenencia del culpable a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos responde a la enorme preocupación por los delitos de ocupación llevados a cabo por miembros de organizaciones y grupos constituidos exclusivamente para la comisión de delitos de esta

¹⁴⁸⁹ “Las ventajas de este sistema [de días-multa] se resumen en la mejor adecuación al principio de igualdad ante la ley; que, como es sabido, requiere el tratamiento igual de los casos iguales y desigual para los que son desiguales; así, la fijación de la extensión [adecuándola a la gravedad del hecho y culpabilidad del autor] permite imponer penas de la misma duración a dos hechos de igual gravedad, mientras que la adecuación de las cuotas a las circunstancias personales de cada uno de sus autores permite el tratamiento desigual de lo desigual”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, del 30 de marzo. Valencia, 2015. Pág., 562.

¹⁴⁹⁰ Artículo 446 CC.- “*Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen*”. Artículo 460 CC.- “*El poseedor puede perder su posesión: ... 4º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año*”. Artículo 250 LEC: “*1.- Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: ... 4º.- Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute*”. Artículo 439 LEC.- “*1.- No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo*”.

naturaleza. Se trata de la agravación equivalente a la introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, para el delito de hurto (art. 235.1.9º CP)¹⁴⁹¹.

Existe un fenómeno creciente en la actualidad social consistente en la presencia de bandas organizadas (inmobiliarias okupas) que por un precio de venta (en realidad un precio por permitir el acceso) de entre 1.000 y 3.000 euros “venden” un inmueble. La conducta de estas bandas organizadas consiste en preparar esos inmuebles para terceras personas. “Preparación” que puede consistir en tres modalidades distintas: la *venta*, el *alquiler*, o simplemente cobrar por dar la “*patada en la puerta*” y facilitar el acceso (la ocupación) del inmueble. Sin olvidar, además a aquellos otros grupos que utilizan la okupación como medio de lucha contra el orden político, económico, jurídico y social establecido, no siendo la okupación un fin en sí misma¹⁴⁹².

¹⁴⁹¹ Vid., *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado. X Legislatura. Núm. 493. 23 de marzo de 2015. Pág., 110. Dispone el artículo 235 CP.- “1. El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: ... 9º Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza”.

¹⁴⁹² Cfr., BETIM, F.: << Se vende piso okupado por 1.000 euros >> en *El País*. Madrid. 23/01/2014. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/01/22/madrid/1390420420_296720.html; LÓPEZ FRÍAS, D.: << La resaca de la burbuja. Así son las inmobiliarias okupas que cobran por asaltar los pisos vacíos de los bancos >> en *El Español*. Reportajes. 31/10/2015. http://www.elespanol.com/reportajes/20151030/75492490_0.html; ÁLVAREZ, M.J.: << Mafias de okupas atemorizan a cientos de vecinos en Vallecas >> en *ABC*. España. Madrid. 25/01/2016. http://www.abc.es/espana/madrid/abci-mafias-okupas-atemorizan-cientos-vecinos-vallecas-201601252223_noticia.html. “Cinco grupos organizados controlan las okupaciones mafiosas de pisos en la capital, según un informe de la Federación Regional de Asociaciones de Vecinos (FRAVM). Se calcula que hay más de mil pisos okupados en la ciudad por estas bandas violentas que cobran a estos inquilinos entre 200 y 300 euros por un alquiler mensual y 2.000 o 3.000 euros en el caso de que vendan la propiedad de la casa okupada. Los distritos más afectados por estas usurpaciones conflictivas son Villaverde (400), Villa de Vallecas (160), Puente de Vallecas (100), Carabanchel (100), Usera (50), Centro (50) y Tetuán (40). Estas bandas han hecho añicos la convivencia en estos barrios y la preocupación entre los vecinos es tremenda. “Las okupaciones acarrear drogas, delincuencia, miedo y suciedad”, explica una de las vecinas del barrio de Vallecas... Según la FRAVM, cada uno de los grupos violentos controla una zona de la ciudad. “Hay veces que cobran por el acceso a la vivienda un precio que puede ser de entre 2.000 y 3.000 euros y otras veces que cobran entre 200 y 300 euros si las mafias se ocupan de alquilarle el piso”, explican... Las mafias están pendientes de los anuncios de alquiler de pisos y también están atentos en verano para usurpar viviendas a las personas, sobre todo ancianos, que se van de vacaciones. Así sucede en el barrio de San Cristóbal de los Ángeles, uno de los más castigados por las bandas okupas y donde los vecinos viven más atemorizados por familias procedentes de la Cañada Real. El problema más grave se está registrando en el PAU de Vallecas, en el triángulo de calles formado por las vías de Antonio Gades, Gran Vía y Eduardo Chillida. Aquí se han apoderado las mafias de “espacios públicos y montan fiestas a diario en época estival hasta la madrugada, hacen carreras de motos y coches e intimidan a los comerciantes de la zona”, según el documento de la FRAVM. En esta zona se están ejecutando desahucios no conflictivos pero los vecinos expulsados reocupan pisos del IVIMA y de la EMVS”. DURÁN, L.F.: << El mapa de la mafia okupa en Madrid >> en *El Mundo*. Madrid. Vivienda. 25/02/2016. <http://www.elmundo.es/madrid/2016/02/24/56ce1e8fe2704e42338b45b2.html>.

Así, teniendo presente todo lo anterior, proponemos la siguiente redacción del artículo 245.2 del Código Penal:

“El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres meses y un día a seis meses.

Estas penas se impondrán en su mitad superior cuando la ocupación o el mantenimiento a que se refiere el párrafo anterior exceda de un año, así como cuando el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos”¹⁴⁹³.

¹⁴⁹³ “La norma penal funciona protegiendo las condiciones mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales. La norma penal tiene, por tanto, una doble función: protectora y motivadora. *Protección y motivación* o, mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. La protección supone la motivación y sólo dentro de los límites en que la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia... El Derecho penal no sólo es un instrumento de protección de bienes jurídicos (también el Servicio de Bomberos o la Cruz Roja lo son), sino un instrumento de motivación del comportamiento humano en sociedad. Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado "motivación". Entre estos procesos se encuentra el Derecho. El Derecho penal, como parte de ese Derecho, ejerce un fuerte influjo en la motivación humana; pues las normas jurídicas, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo, son interiorizadas por él y cooperan en la formación de su conciencia... El principal medio de coacción jurídica, la pena, sirve, pues, para motivar comportamientos en los individuos. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora... amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables. La función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; aunque en su última fase sea individual, es decir, incida en el individuo en concreto... Parece, pues, evidente que la función motivadora de la norma sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico-penal en un contexto mucho más amplio de *control social*, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad. El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conductas y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafacticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento... Dentro del control social, la norma penal... ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea... nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un Derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social... La función motivadora de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social. Pero también la función motivadora emanada de esas otras instancias de control social sería ineficaz si no fuera confirmada y asegurada, en última instancia, por la función motivadora de la norma penal. Los modelos de sociedad actualmente existentes no han podido renunciar todavía a esa instancia formalizada de control social que es el Derecho penal. La renuncia al Derecho penal en las actuales circunstancias no supondría ningún avance en orden a la consecución de una mayor libertad, sino más bien lo contrario: que las tareas reservadas al Derecho penal fueran asumidas por otras instancias del control social más difíciles de controlar y limitar que las penas propiamente dichas, consiguiendo con ello, no eliminar el Derecho penal, sino que éste sea sustituido por algo peor que el Derecho penal mismo, o que se cambien las

palabras, pero no la realidad”. MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, del 30 de marzo. Valencia, 2015. Págs., 62-69.

CONCLUSIONES

Primera.- Reintroducción del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles. No puede sostenerse que la tipificación penal de la ocupación pacífica de bienes inmuebles por el artículo 245.2 del Código Penal vigente de lugar a un delito de nuevo cuño. El llamado Código Penal de la Democracia se limita a *reintroducir* en su articulado *como delito* la ocupación pacífica de bienes inmuebles como ya hiciera el Código Penal de 1848 (art. 430), la reforma de 1850 (art. 441), el Código Penal de Carlos VII (aunque no tuvo vigencia en toda España, -art. 429-), y el Código Penal de 1928 (art. 709); llegando este último, el Código de la Dictadura de Primo de Rivera, a considerar como delito de sedición la comisión simultánea o la reiterada de este delito en un breve período de tiempo en un mismo término municipal.

El primero de los Códigos Penales españoles, de 1822, sólo tipificaba como delito la usurpación pacífica cuando se trataba de bienes públicos o comunales (art. 341). En el Código Penal de 1870 (arts. 607.4º y 609) y en el Código Penal de 1932 (arts. 582.4º y 584), la ocupación pacífica parece relegarse a la categoría de *falta*. Otra interpretación llevaría al absurdo jurídico (y debe rechazarse toda interpretación que conduzca a él -argumento *ad absurdo*-); pues no tendría sentido que se tipificase como falta: 1º) la entrada en heredad ajena cerrada o en la cercada, si estuviere manifiesta la prohibición de entrar, o 2º) el sólo hecho de entrar en heredad murada y cercada sin permiso del dueño; y se considerase atípica la conducta más grave de ocupar sin autorización debida o mantenerse contra la voluntad de su titular, que implica necesariamente una previa entrada. Lo mismo puede predicarse del Código Penal de 1944, si bien limitado al sólo hecho de entrar en heredad murada o cercada sin permiso del dueño (art. 590). Desde la reforma del Texto refundido de 1973 por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (la reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983, operada por LO 8/1983 no le afectó), y hasta el CP de 1995, la persecución de tal conducta quedó condicionada a la previa denuncia del perjudicado.

Segunda.- Tipificación necesaria para equiparar la protección de la propiedad rústica a la urbana y colmar una laguna legal. Aunque en el Código Penal de 1870, 1932, 1944 y reformas posteriores la ocupación podía sancionarse como falta; en realidad *sólo se tutelaba la propiedad inmobiliaria rústica o rural*, sin que el paso de una sociedad agraria a otra industrial, y consiguiente éxodo del campo a la ciudad tuviera su reflejo legislativo en los Códigos Penales. La referencia expresa a *heredades* dejaba huérfana de protección penal a la propiedad inmueble urbana. Por ello, conductas consistentes en derribar la pared medianera aprovechando la ausencia de la dueña de la casa colindante, reconstruyéndola y apropiándose de tres metros cuadrados del inmueble contiguo quedaban impunes si se realizaban sin violencia o intimidación, y su objeto material no era una heredad. Así, para equiparar la protección de la propiedad rústica a la urbana, y colmar una laguna legal se propuso en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo (años 1947 y 1953) la reforma del concepto de usurpación de inmuebles, que debía ser punible aunque se realizase sin violencia o intimidación, sino simplemente, sin derecho.

Las propuestas de la Fiscalía del Tribunal Supremo no fueron incorporadas hasta el Código Penal de 1995, teniendo éste como precedentes más inmediatos la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 (art. 241), el Anteproyecto y el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 (arts. 245.2 y 249.2 respectivamente), y el Anteproyecto y el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 (arts. 238.2 en ambos casos). La tipificación se hizo necesaria para equiparar la protección de la propiedad rústica a la urbana, y colmar así una laguna legal; siendo hoy día indiferente la naturaleza jurídica y urbanística del predio.

Tras la reintroducción en el Código Penal de la ocupación pacífica *como delito* ha existido una oposición por diversos operadores jurídicos a la aplicación de este precepto legal, una gran permisividad institucional a favor de la ocupación, y diversos intentos parlamentarios de derogación. Así algunas asociaciones de abogados han mostrado la necesidad de derogar el artículo 245.2 CP; la Fiscalía del TSJ de Cataluña concluyó que la entrada en vigor de la LEC podría entrañar una derogación tácita de la norma penal; Jueces para la Democracia acordó solicitar al Parlamento Español la derogación del art. 245.2 CP; el Defensor del Pueblo ha mediado instando cesiones temporales de otros inmuebles vacíos o el retraso del desalojo de ocupas; el Gobierno

atendiendo a una proposición no de ley del Parlamento de Cataluña indultó a un okupa condenado por los disturbios ocurridos en una manifestación de protesta tras el desalojo del Cine Princesa; y en la VI Legislatura (1996-2000) y VII Legislatura (2000-2004) se han presentado un total de cuatro Proposiciones de Ley Orgánica para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada proponiendo que el apartado 2 del artículo 245 quedase sin contenido y que los Jueces y Tribunales procediesen a revisar de oficio las sentencias condenatorias dictadas en aplicación de dicho tipo penal.

Tercera.- Coherencia interna del Ordenamiento Jurídico y cumplimiento al principio de proporcionalidad de las penas. Antes de la reintroducción en el Código Penal de la usurpación impropia o pacífica *como delito*, un sector doctrinal y jurisprudencial, para evitar la impunidad de estas conductas, sostenía la subsunción de la ocupación pacífica de bienes inmuebles en el *delito de coacciones*. Ello convertía a este delito en una especie de “cajón de sastre” o “delito de recogida” en el que tenían cabida cualesquiera conductas difíciles de encajar en tipos próximos, tipos afines, e incluso otros más alejados, so pretexto de que prácticamente todas las figuras delictivas acababan cercenando, de una u otra manera y en sus términos más generales, la libertad ajena. Concepción que llevada a sus últimos extremos infringe el principio de legalidad penal.

La tipificación de la usurpación pacífica, impropia, o sin violencia, del artículo 245.2 del Código Penal de 1995 ha venido a proporcionar *coherencia interna al Ordenamiento Jurídico y cumplimiento al principio de proporcionalidad de las penas*, de manera que las conductas más graves tengan una respuesta penal mayor que las menos graves. Ello no sucedía con el Texto Refundido de 1973 en los supuestos de usurpación en que se ejercía violencia o intimidación en las personas, frente a los supuestos en que se empleaba fuerza en las cosas. La consideración mantenida por el Tribunal Supremo según la cual la fuerza en las cosas da lugar a un delito de coacciones, así como la ausencia de tipificación de la usurpación pacífica, producía, con el Texto Refundido de 1973, el absurdo jurídico de que fuera privilegiante el empleo de violencia o intimidación en las personas frente a la fuerza en las cosas. Así, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en el caso de que el sujeto activo de una actuación usurpatoria no emplease violencia o intimidación en las personas sino fuerza

en las cosas, la calificación jurídica no podía hacerse por el delito de usurpación violenta del artículo 517, sino por el de coacciones del artículo 496. La mayor penalidad de las coacciones (arresto mayor y multa) frente a la usurpación (multa del 50 al 100 por cien de la utilidad reportada) conllevaba que el empleo de violencia o intimidación en las personas fuera privilegiante frente a la fuerza en las cosas, con la consiguiente falta de coherencia interna del Ordenamiento Jurídico y de proporcionalidad de las penas.

La observancia por el legislador del principio de proporcionalidad (en abstracto) ajusta la gravedad de la pena a la nocividad social de la conducta incriminada, retribuye a cada uno con arreglo al valor de su conducta, y garantiza la eficacia de la pena y su mecanismo disuasorio o intimidatorio. Lo que no sucede si se castigan igual los hechos menos graves que los más graves, al ocasionar desarreglo en los principios y valores de la sociedad.

Aunque el Código Penal de 1995 ha venido a proporcionar *coherencia interna al Ordenamiento Jurídico y cumplimiento al principio de proporcionalidad de las penas* al sancionar la ocupación pacífica de bienes inmuebles, *no ha logrado dar una coherencia plena al mismo*, pues, aunque tipifica la usurpación impropia o pacífica no ha tenido en cuenta que son dos conductas distintas, las de las “personas sin hogar” (ocupas con “c”) y la de los “okupas” (con “k”), que afectan a bienes jurídicos diferentes.

Cuarta.- Ocupación vs., okupación. Disímil de los “okupas” son las “personas sin hogar” (ocupas con “c”); entendiendo por tales aquéllas que están excluidas del mercado laboral o con trabajo precario: personas pobres o muy pobres que no disponen de medios económicos o éstos son insuficientes o irregulares (limosnas, trabajos ocasionales, ayudas, venta ambulante...), que no les permiten vivir en un alojamiento con la estabilidad necesaria; personas con escasas habilidades, mínima autoestima y casi nula creencia en sí mismos. En estos casos la conducta de la ocupación de un bien inmueble responde a una necesidad material: la búsqueda de vivienda. Esta búsqueda de vivienda es un fin en sí mismo y la ocupación se halla desnaturalizada de toda motivación ideológica y política. No se trata, pues, de ningún medio de lucha contra el orden político, económico, jurídico y social establecido. Es un problema económico, no ideológico.

El “movimiento okupa”, en tanto que movimiento urbano protagoniza acciones colectivas conscientemente determinadas a transformar los intereses y valores sociales de una ciudad históricamente determinada. Desde esta perspectiva no puede ser considerado como un simple movimiento juvenil o como prácticas ilegales aisladas para satisfacer necesidades de vivienda, sino como un movimiento que abre un conflicto político de primer orden con el sistema político, económico, jurídico y social existente. Su objetivo no es presionar a la Administración en un aspecto sectorial, en una política concreta como la de vivienda, educación, sanidad... sino, una lucha contra el *todo*. Como ellos mismos se definen, serían “*un movimiento general de lucha contra el Estado, y por unas ideas libertarias*”. Una contracultura en oposición al sistema axiológico dominante. Así la okupación deja de ser un fin en sí mismo y se convierte en un medio, en una herramienta para lograr sus objetivos. Los okupas no pretenden la reforma del orden político por los cauces legales sino la ruptura directa con las estructuras del sistema. Por ello comparten planteamientos políticos revolucionarios y de transformación social; y centran su acción colectiva en la agitación social continua.

En el primer supuesto (ocupas) se tutela el patrimonio inmobiliario y la seguridad del tráfico; en el segundo (okupas) el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico y el orden público.

Quinta.- Coherencia interna plena del Ordenamiento Jurídico. En la práctica se subsumen ambas conductas (ocupar y okupar) en el artículo 245.2 del Código Penal. Ahora bien, si consideramos que el bien jurídico protegido es también el orden público, aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por lo tanto no serían delictivas. Es lo que sucedería con las conductas de los ocupas. Para evitar esto consideramos que el artículo 245.2 del Código Penal debería quedar relegado para aquellas conductas que únicamente lesionen o pongan en peligro el patrimonio inmobiliario y la seguridad del tráfico (las de los ocupas); e introducir en el Código Penal un nuevo tipo penal (para sancionar las conductas de los okupas) donde tutelándose el orden público (junto al patrimonio inmobiliario y la seguridad del tráfico) se haga expresa referencia a los ataques al mismo en el tipo objetivo tal y como ha hecho el legislador tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en relación a los que invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un

despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público (art. 557 ter CP).

Un nuevo tipo penal con igual redacción, en cuanto a la conducta nuclear, que el artículo 557 ter del Código Penal pero con distinto objeto material: “los inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada” vendría así a dar *coherencia interna plena al Ordenamiento Jurídico*; máxime si tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, se sanciona como infracción administrativa (tutelándose la seguridad ciudadana) la ocupación o permanencia en cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, constituyan o no morada, cuando no sean constitutivas de infracción penal (art. 37.7 LOPSC).

Sólo introduciéndose en el Código Penal un tipo penal en el que se sancione a *los que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública*; o ampliándose el objeto material del artículo 557 ter del Código Penal a inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, podrá existir una sanción administrativa que tutele la seguridad ciudadana cuando los hechos no sean constitutivos de infracción penal.

Sexta.- Bien jurídico: patrimonio inmobiliario, orden público y seguridad del tráfico. Nos encontramos ante un delito pluriofensivo que pretende tutelar el patrimonio inmobiliario, el orden público y la seguridad del tráfico.

A) Patrimonio inmobiliario. Se tutela el tranquilo (pacífico) disfrute de los bienes inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos, lo que supone que el tipo penal protege: al poseedor cuya posesión deriva del dominio, a cualquier poseedor de hecho, y al dueño aunque no tenga la posesión como hecho (poseedor mediato).

Esta concepción del bien jurídico protegido como *patrimonio inmobiliario*, es más amplia (y puede considerarse que es la suma de las otras dos posturas) que la de aquellos que sostienen que el bien jurídico es la posesión continua, permanente y

estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad (en definitiva la propiedad); o la posesión real de goce y disfrute efectivo socialmente manifestada (la posesión).

La consideración del bien jurídico como la *posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad*, tiene como consecuencia que la posesión vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el dominio, o la que no esté vinculada a ningún derecho (posesión como hecho de un precarista, de un derecho real limitado poseíble...) no tenga protección penal. Únicamente ampara la posesión derivada del derecho de propiedad. La determinación del bien jurídico como la *posesión real de goce y disfrute efectivo socialmente manifestada* es más amplia que la anterior. Dada la elasticidad del dominio, que permite que se encuentre diferenciada la propiedad de la posesión sobre la misma cosa, y que esté desgajado el uso o disfrute del inmueble de la titularidad del mismo, es posible subsumir todas aquellas conductas humanas dirigidas a perturbar (mediante la ocupación o permanencia) la posesión como hecho y el *ius possessionis* o derecho de posesión derivado de la misma, con independencia de quien tenga el *ius possidendi* o derecho a poseer, el cual no está protegido penalmente (aunque sí civilmente) si no va acompañado de la posesión como hecho.

B) Orden público. La conducta de “okupismo” genera alarma social e impide, por tanto, que exista seguridad ciudadana. Al existir una relación de medio a fin entre orden público y seguridad ciudadana, no puede existir ésta si se ve turbado aquél. Es presupuesto indispensable para la consecución de un estado de seguridad ciudadana el orden y tranquilidad exterior. Y no puede haber orden y tranquilidad exterior (orden público material) si existe conflicto, desafío, cambio, acción colectiva (tumultuaria) con la intención de promover (en un Estado Social y Democrático de Derecho) al margen de la vías legales cambios en el orden político, económico, social y jurídico, atentando directamente contra la propiedad privada. La seguridad ciudadana no sólo es un estado material sino personal, como sensación personal de seguridad por parte del ciudadano, la cual difícilmente puede existir si en la ciudadanía existe una percepción generalizada de alarma social. Se hace pues necesaria la tipificación de la ocupación pacífica para el mantenimiento del orden público material como presupuesto indispensable para la consecución de un estado de seguridad ciudadana, ya que sólo cuando existe orden y tranquilidad exterior es posible alcanzar esta última como situación real y personal.

C) Seguridad del tráfico. Con la acción de ocupar o mantenerse contra la voluntad de su titular en un bien inmueble, vivienda o edificio ajenos, se produce un ataque a la seguridad del tráfico inmobiliario. Precisamente lo que pretende el legislador al sancionar tal conducta en el artículo 245.2 CP (aunque no concurra violencia ni intimidación) es, además de proteger el patrimonio inmobiliario y el orden público, *salvaguardar la función legitimadora de la posesión*, protegiendo los efectos beneficiosos de la misma y tratando de impedir mediante la persuasión de la conducta por el temor a la pena la producción de los indeseables. La posesión sería la cara visible de una moneda cuya otra cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión. El ordenamiento jurídico, al contemplar la posesión, centra su atención en la cara visible, sin averiguar si la moneda tiene efectivamente otra cara (el derecho) o se halla en blanco (se posee sin derecho alguno de donde provenga la posesión). Existe un interés social (función legitimadora o de legitimación de la posesión) en virtud del cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros puedan confiar en dicha apariencia. Ese interés que la sociedad tiene en salvaguardar esa confianza que la apariencia manifiesta, y por tanto que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular) y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica, es protegido por el Derecho penal en este tipo delictivo. En definitiva se trata de proteger la seguridad del tráfico en relación a los bienes inmuebles de tal manera que posesión de hecho y derecho a poseer coincidan en una misma persona; y ello porque existe en nuestro ordenamiento jurídico la presunción de que el poseedor de una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, es el titular del derecho en cuyo concepto posee (art. 448 CC), y porque hasta el despojante es jurídicamente protegido (art. 441 CC).

Séptima.- Pretendidas vías de exclusión del Derecho Penal.- Existe un sector doctrinal y jurisprudencial que, al amparo del manido principio de intervención mínima, pretende restringir el ámbito de aplicación del artículo 245.2 del Código Penal, so pretexto de existir una protección del patrimonio inmobiliario en el orden jurisdiccional civil, a través de las acciones registrales y juicios verbales de tutela sumaria de la

posesión. Consideran que no debe producirse la intervención penal en tres supuestos: las conductas que no supongan un riesgo (ni lesión, ni peligro) para el bien jurídico protegido; las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales; y las ocupaciones de fincas abandonadas y en las que no exista una posesión socialmente manifiesta en virtud de la función social que desempeña la propiedad.

A) Principio de intervención mínima. Ha de tenerse en cuenta que el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que estas conductas deben ser castigadas, conforme al principio de legalidad (que vincula como ningún otro a los Tribunales del orden penal), y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad. Al amparo del principio de intervención mínima, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, no debe admitirse una interpretación (derogación) de la norma penal que la vacíe de contenido, pues de lo contrario los Tribunales se convertirían, *de facto*, en legisladores, proyectando en la labor de aplicación e interpretación de las normas funciones que no les corresponden (la legislativa) lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal.

B) Ausencia de riesgo. Compartimos plenamente la idea de que la *ausencia de riesgo* para el bien jurídico protegido determine la ausencia de intervención penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por tanto no serían delictivas.

C) Ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales. La equiparación de los términos ocupar y usurpar implica que por ocupar se entienda despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica, y que en consecuencia se conciba el tipo penal como “necesariamente permanente”, excluyendo de la intervención penal las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales. Consideramos que cuando el legislador ha empleado en el texto punitivo dos verbos distintos (ocupar y usurpar) es porque ha querido tipificar dos conductas diferentes. Por ello, no podemos concebir que ocupar sea despojar

físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica, pues, ello sería reiterativo, ya que ocupar así entendido no sería sino usurpar el derecho de propiedad, de usufructo... del titular correspondiente para subrogarse en los efectos de una titularidad ajena.

Es imprescindible concluir, pues, la necesidad de distinción de ambos conceptos. Ocupar implicaría la mera perturbación en el uso o disfrute del inmueble, sin ánimo de poseer la cosa como propia (perturbación posesoria o de la posesión); mientras que usurpar significaría atribuirse la titularidad de un derecho real sobre un inmueble. La perturbación posesoria, o lesión de la posesión, consiste en una alteración del estado de hecho realizado por alguien sin o contra la voluntad del poseedor y sin estar autorizado por el ordenamiento jurídico para realizarla. La lesión puede implicar o no una privación de la posesión (la pérdida no tiene lugar hasta transcurrido un año de la privación). En el primer caso existiría *despojo*, en el segundo *simple perturbación o inquietación*. En un sentido lato perturbación posesoria engloba ambos términos. El despojo sería la privación de la posesión realizada por otro sin o contra la voluntad del poseedor; y la simple perturbación o inquietación toda alteración de la posesión, realizada por otro sin o contra la voluntad del poseedor, que no llegue a constituir despojo. Así las cosas, la distinción entre ilícito penal y civil radica en el elemento subjetivo: la conciencia y voluntad de realizar la perturbación posesoria en el ilícito penal; frente a la significación objetiva del acto tendente a producir la alteración del estado de hecho posesorio con independencia de la intención subjetiva de causar un daño en el ilícito civil. Establecidas tales distinciones (entre ilícito penal y civil, y entre ocupar y usurpar), hemos de concluir que a efectos penales, *para que exista ocupación basta con que se penetre en el inmueble que no es propio, o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida; y que con esa conducta se perturbe a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo*. La ocupación así entendida es una mera ocupación sin usurpación de derecho real. Cuando la conducta además de una perturbación en el uso o disfrute del inmueble sea un medio para usurpar el derecho real conectado al mismo (por la permanencia indefinida en el inmueble con *animus rem sibi habiendi* por parte del sujeto activo) estaremos ante una simple cuestión de dosimetría penal.

D) *La función social de la propiedad no puede ser soporte para la exclusión de la protección penal dada por el legislador en el artículo 245.2 del Código Penal.* El derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), y la función social que debe cumplir la propiedad (art. 33.2 CE) no pueden justificar el ocupar libremente inmuebles ajenos, ni conseguirse éstos a costa del propietario. La propiedad no es una función social. Es un derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica. Otra cosa es que esa satisfacción se cohoneste con las conveniencias de la Comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo del mismo. Serán las leyes, concretando la función social, las que determinarán las facultades ínsitas en el dominio, o establecerán los límites de su extensión, o intensidad, o las cargas, deberes y obligaciones, que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común. Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. La función social tiene que ir ligada siempre a una determinada política social, a intereses de la colectividad, no de un concreto ciudadano por muy necesitado que esté. El coste de cualquier política social (de vivienda) tiene que ser financiado necesariamente con dinero público, ya que si no se hiciera de esta manera, se estarían imponiendo cargas o gravámenes a unos determinados colectivos (los que soportan la ocupación) en beneficio exclusivo de otros supuestamente más necesitados y de los que no se recibe contraprestación alguna a cambio. Los intereses de la colectividad a lo más que conducirían, sería, en su caso, a la expropiación por los trámites correspondientes y a la inclusión de ese inmueble en un programa de política de viviendas sociales; y en cuanto a los particulares posibles beneficiarios pasaría por el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos el de su solicitud, y el establecimiento de criterios de preferencias que aseguraran la mayor objetividad posible, precisamente para hacer efectivo el constitucional principio de igualdad.

E) *Fincas abandonadas.* La generalizada y a nuestro parecer errónea interpretación del principio de intervención mínima, en relación al artículo 245.2 del Código Penal, para excluir la intervención penal en los supuestos de ocupación de inmuebles abandonados *de facto*, en estado ruinoso, o de inhabitabilidad, alegando indebidamente la función social de la propiedad y el derecho a la vivienda, implica que

para no dejar carente de objeto material al delito de referencia se extienda el concepto de inmueble que no constituya morada a supuestos como las viviendas de utilización temporal que a nuestro juicio integran el objeto material del allanamiento de morada. Esa interpretación restrictiva del objeto material que tiende a excluir los inmuebles abandonados *de facto*, en estado ruinoso, o de inhabitabilidad, contrariamente a su inicial pretensión termina siendo extensiva al incluir supuestos que han de considerarse morada. Además la cualidad de habitable del inmueble no resulta exigida en el tipo penal; no hallándose por tanto excluidos de la protección penal los inmuebles, viviendas o edificios que no estén en condiciones de ser habitados (v. gr., casas de camineros, estaciones de ferrocarril abandonadas por cierre de línea, etc.). De ser así no se habría incluido junto al término vivienda los más genéricos de inmuebles o edificios. Para hacer entrar en juego la norma penal no es el criterio de la habitabilidad el que ha de considerarse, sino el del bien jurídico que se trata de proteger con ésta.

Octava.- Objeto material.- El objeto material del delito queda definido por un elemento positivo, la calidad de inmueble y ajeno, y otro negativo, que no constituya morada. La interacción entre ambos elementos es la que caracteriza el objeto material del delito.

A) Bienes inmuebles. El objeto material sólo pueden serlo los *bienes inmuebles*, entendiendo por tales los enunciados en el derecho privado tras el examen de los mismos a la luz de las normas jurídico-penales, y tras las modificaciones indispensables para evitar oposiciones con la finalidad asignada a las normas penales y exigencias del Derecho Penal. Así se restringe a aquellos bienes presididos por las notas de inmovilidad o incapacidad de traslación de un lugar a otro, y no susceptibilidad de aprehensión o sustracción, con independencia de su naturaleza (rústica o urbana), y de su titularidad, pues los bienes patrimoniales y demaniales pese a sus características y régimen exorbitante de protección pueden ser objeto material del delito. La consideración de inmueble del objeto material excluye a las viviendas que sean bien mueble (tienda de campaña, caravana, roulotte, departamento de coche-cama, vagón de ferrocarril, camarote de barco...) sin perjuicio de la ocupación del inmueble (terreno) sobre el que se asientan; siendo la determinación del bien jurídico protegido (patrimonio inmobiliario) esencial incluso para la concreción del objeto material.

B) Ajenidad. Los bienes inmuebles siempre serán objetos idóneos de usurpación impropia, pues, siempre pertenecen a alguien (o son propios o ajenos), incluso los mostrencos (inmuebles vacantes sin dueño conocido), que pertenecen, *ope legis e ipso iure*, como bienes patrimoniales a la Administración General del Estado.

C) Ausencia de morada. Con la condición negativa de que no constituya morada, se quiere dejar claro que se ha de tratar de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado, pues en caso contrario, de constituir una morada, esto es un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el allanamiento de morada donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad. Este elemento negativo nos lleva a descartar los inmuebles habitados, las segundas viviendas, los domicilios de personas jurídicas y establecimientos mercantiles, o locales abiertos al público, despachos profesionales y oficinas, y sus dependencias (arts. 20.4, 202 a 204 y 241 *a sensu contrario*). Las viviendas de utilización temporal, en principio, no podrán ser objeto de usurpación pacífica dado que la entrada o el mantenimiento en las mismas sin la autorización debida, daría lugar al delito de allanamiento de morada; pues, es plenamente factible que un particular disponga de más de una morada. Si bien, dado que la ausencia temporal no puede identificarse con la presencia esporádica, habrá de estarse al caso particular distinguiendo entre el alejamiento circunstancial y la presencia ocasional reducida al mínimo, para determinar si nos hallamos, o no, ante inmueble que no constituya morada.

Novena.- Conducta típica. La conducta típica en el artículo 245.2 del Código Penal se configura en dos modalidades alternativas de ejecución: *ocupar* sin autorización debida inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada, o *mantenerse* en ellos contra la voluntad de su titular. Ambas formas de acción (ocupar *ex novo* tales bienes inmuebles, u omitir *ex post* la salida de los mismos manteniéndose en ellos), poseen el mismo efecto típico de contrariar la voluntad del titular de aquellos y han de realizarse sin violencia ni intimidación en las personas.

A) Ausencia de violencia o intimidación en las personas. Tratamiento penal de la violencia sobrevenida. La ausencia de violencia o intimidación en las personas no implica que se trate de un tipo privilegiado frente a la usurpación propia o violenta (art. 245.1 CP). La ocupación pacífica (art. 245.2 CP) constituye un tipo autónomo o “*sui*

generis” con un objeto material diferente, y en el que no se atiende a los parámetros de utilidad obtenida y daño causado para la fijación de la pena. Engloba tanto los supuestos de ocupación subrepticia o clandestina como de fuerza en las cosas. El empleo de violencia o intimidación para *mantenerse, permanecer o continuar* en la ocupación, cuando esta ha sido inicialmente pacífica, no transmuta el delito de usurpación impropia o pacífica en propia o violenta; sino que la violencia o intimidación sobrevenida entrará en concurso con el correspondiente delito a que pudiera dar lugar la violencia (salvo que aún no estuviera consumada la ocupación).

B) Ocupar o mantenerse: Tipo mixto alternativo. *Ocupar* no es sinónimo de usurpar (despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica). A efectos penales, para que exista ocupación basta con que se penetre en el inmueble que no es propio, o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida; y que con esa conducta se perturbe a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo. Nos hallamos ante un delito permanente (y no necesariamente permanente), en el que la situación de antijuridicidad se prolonga en el tiempo por voluntad del autor hasta que se produzca el desalojo. La segunda de las conductas tipificadas en el artículo 245.2 del Código Penal consiste en *mantenerse* en un inmueble, vivienda o edificio ajenos contra la voluntad de su titular. Supone que ha existido un primer consentimiento por parte del sujeto pasivo que hace lícita la conducta *ab initio*, pero que posteriormente se revoca, y a pesar de ello los ocupantes, a sabiendas, siguen ocupando el bien, convirtiéndose esta figura en ilícita. La diferencia con ocupar radica en que el que ocupa en ningún momento tuvo título legítimo que le permitiera tal acto. Su conducta nació *ab initio* antijurídica; frente a mantenerse, en que existiendo una ocupación inicial legítima se nova en antijurídica al no contar ya con la autorización del titular. Ambas conductas son alternativas: se ocupa o se mantiene, pero no se ocupa y se mantiene. Esta alternatividad impide acudir a la segunda modalidad cuando el destinatario de la orden hubiera sido previamente un ocupante incluido en el primer supuesto. No faltan autores ni resoluciones judiciales que pretenden derogar vía interpretativa el ámbito de aplicación de esta segunda modalidad comisiva manteniendo que no puede considerarse típica cualquier entrada previa lícita; olvidando, lo que es presupuesto indispensable y diferencia esencial con la modalidad de ocupación, que el que ocupa en ningún momento tuvo título legítimo que le permitiera tal acto (su conducta nació *ab initio* antijurídica), frente al que se mantiene,

en que existiendo una ocupación legítima, se nova en antijurídica al no contar ya con la autorización del titular. Por lo tanto, la manera de limitar o restringir los supuestos subsumibles en esta segunda modalidad (sin llegar a derogarla vía interpretativa) sería excluir, únicamente, los casos en que el uso y disfrute actual del inmueble se haya originado en una relación contractual o título que otorgue tal derecho; y considerar únicamente incluidos los supuestos en que la previa entrada se debió a alguna clase de autorización, como los casos de tolerancia, en los que no ha mediado un acuerdo de voluntades o cualquier tipo de contraprestación que permita caracterizar la relación de contractual. No resultan equiparables las relaciones que se originan en un contrato, que trae aparejados derechos y obligaciones recíprocas para las partes, y cuenta además con normas de solución específicas para resolver las cuestiones que puedan suscitarse, con las derivadas de una situación de tolerancia o de simple autorización, donde quien tolera o autoriza no se compromete a nada, ni tampoco recibe nada a cambio.

C) Sin autorización debida vs., contra la voluntad del titular. Para la ocupación típica es suficiente la ausencia del consentimiento del titular, pero para la modalidad de “mantenerse en ellos” hace falta una manifestación inequívoca de la voluntad negativa de aquel titular, que se menosprecie desconociéndola y oponiéndose a ella. Ello supone que existe alguien con capacidad para autorizar, cuyo permiso no se tiene (en el primer caso), o que la ocupación se hace contra una prohibición inequívoca, sin perjuicio de que esa prohibición u orden de abandono puede no atenderse sin necesidad de recurrir a la violencia.

No es lo mismo actuar sin permiso (ocupar) que hacerlo contra la voluntad del titular (mantenerse). Lo primero es un elemento negativo del tipo, de manera que si existe el permiso la conducta es atípica. Lo segundo es una característica positiva, que se tiene que dar para que la conducta sea punible y además tiene que ser conocido por el sujeto activo. Esta diferencia también tiene su importancia en términos procesales, porque la carga de la prueba es diferente en uno y otro caso: mientras que hay que demostrar fehacientemente la voluntad contraria, en cambio, la falta de autorización se presume mientras el sujeto activo no pruebe lo contrario.

D) Ocupar sin autorización. La autorización puede proceder tanto del propietario, como de quien esté legitimado para el uso del inmueble, así como de una

resolución judicial o administrativa, o de un precepto legal o reglamentario. Puede expresarse de cualquier forma siempre que se manifieste externamente, sin requerir de ningún requisito *ad solemnitatem*. No podemos admitir la autorización tácita, pues, difícilmente podemos concebir la existencia de una autorización inequívocamente reconocible externamente que no sea expresa. No son supuestos de autorización tácita aquellos en los que una vez producida la ocupación, la misma se tolera, ya que, un consentimiento *a posteriori* no es tal, sino sólo perdón. La autorización debe haber sido prestada con anterioridad a la acción del sujeto activo y mantenerse cuando ha sido iniciada la ejecución de la acción dado que hasta ese momento es revocable. Se presume *iuris tantum* la falta de autorización o la voluntad contraria del dueño en viviendas o fincas cerradas (sin que la exclusión desaparezca por el hecho de que aquellas medidas hayan perdido su eficacia física, parcial o accidentalmente, por alguna insuficiencia o deterioro), en espacios no edificados cuyo cercamiento revela la voluntad del dueño, al igual que en los espacios no acotados en los que exista prohibición de entrada. No es necesario que el sujeto que consienta (autorice) disponga de capacidad jurídico-civil para negociar válidamente, sino que basta en principio la capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento. Es irrelevante el requerimiento de desalojo, pues, no es un elemento del tipo.

E) Mantenerse contra la voluntad.- La comisión del delito requiere que el realizador de la conducta carezca de título jurídico alguno que legitime la posesión. Por lo tanto, la voluntad contraria del titular sólo tendrá relevancia jurídico-penal cuando esté asistida por el ordenamiento jurídico. La existencia de título jurídico o la discusión sobre el mismo supone una remisión al orden jurisdiccional civil. Tanto la autorización como la voluntad contraria del titular ha de manifestarse al exterior de forma concluyente, pero mientras que no es necesario que ésta sea de modo expreso, puede ser también tácitamente, la autorización para ocupar sí tiene que ser expresa. La voluntad contraria es tácita cuando resulta de una conducta incompatible con la voluntad de mantenimiento. Tanto la voluntad expresa como la tácita son reales, existen de verdad. Lo que en ningún caso cabe es una voluntad contraria presunta. Consideramos que el Código Penal, al exigir que el mantenimiento se realice contra la voluntad del titular ha adoptado una posición intermedia entre aquella orientación que pueda estimar suficiente para que el delito se configure que el mantenimiento se realice sin consentimiento, y

aquella otra que pueda requerir una conducta contraria a la prohibición expresa. En su lugar exige un *contraste efectivo* entre la voluntad del autor y la voluntad del titular. La voluntad contraria ha de manifestarse en el mundo exterior ya sea de forma expresa o tácita. No precisa de un requerimiento formal, ni verbal, ni escrito, resultando suficiente una *conducta concluyente* en tal sentido, pues, lo importante es la *manifestación inequívoca de la voluntad del titular*.

Décima.- Delito de resultado o de actividad. Si por resultado entendemos una modificación del mundo exterior a consecuencia de un movimiento corporal del sujeto que realiza la acción y que la ley toma en consideración para imputársela jurídico-penalmente a su autor, entendemos que *en la modalidad de ocupación* nos encontramos ante un delito de resultado, pues la penetración en el inmueble que no es propio, o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida, y que perturba a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo, supone esa modificación del mundo exterior, máxime si para acceder al mismo no se emplean medios subrepticios o clandestinos sino fuerza en las cosas *v. gr.*, rotura de cristales, de puerta, cambio de cerradura... Situación (modificación del mundo exterior) que se prolonga en el tiempo por voluntad del sujeto activo dado su carácter permanente. La naturaleza de delito de omisión pura de la *conducta alternativa de mantenerse* implica que estamos en presencia no de un delito de resultado sino de mera inactividad.

Undécima.- Ocupar en comisión por omisión. Nada impide respecto a la alternativa modalidad delictiva de ocupación que la misma se cometa en comisión por omisión si se dan los requisitos que establece el artículo 11 del Código Penal (*v. gr.*, vigilante de seguridad que incumple sus deberes y no hace nada por impedir la ocupación). Difícilmente podemos considerar que se encuentran en posición de garante el arrendatario, usufructuario, usuario y habitacionista cuando el Código Civil sólo les impone la obligación de comunicar la usurpación realizada o que se prepare realizar, pero no la salvaguarda de la propiedad. A diferencia del vigilante de seguridad privada, en aquéllos no existe una específica función de protección del bien jurídico, sino una mera obligación de comunicación. No están, por tanto, obligados a oponerse a la perturbación o usurpación proveniente de tercero que amenaza la propiedad, sino simplemente “a poner en conocimiento”. Tampoco cometerían este delito en comisión por omisión aquellas autoridades o funcionarios públicos (principalmente miembros de

FCSE) que tengan entre sus atribuciones promover la persecución de delitos y sus responsables, sino el específico tipo penal de omisión del deber de perseguirlos (art. 408 CP).

Duodécima.- Tipo subjetivo. La usurpación impropia de bienes inmuebles, tanto en su modalidad de ocupar como en la alternativa de mantenerse, es necesaria y únicamente un delito doloso al no haberse previsto por el legislador la incriminación imprudente, y existir en el Código Penal de 1995 un modelo de política criminal de incriminación imprudente *uti singuli*. Por lo cual, cualquier clase de error sobre los elementos del tipo objetivo (ya se trate de elementos descriptivos o normativos) conduce a la impunidad de la conducta. De faltar el dolo la conducta no constituiría delito y se trataría simplemente de una cuestión a resolver en vía civil. No se requiere que el dolo (que puede ser eventual) abarque la voluntad de adquirir la propiedad ajena, siendo suficiente que abarque la efectiva perturbación de la posesión del titular. Aunque la ocupación o el mantenimiento en el inmueble ajeno normalmente reporte algún tipo de ventaja o provecho, ya sea de contenido económico o de otra clase, el hecho de que en la redacción del tipo no se aluda como acontece en la usurpación propia, a la utilidad obtenida y al daño causado, es porque el legislador no exige la presencia del ánimo de lucro ni como finalidad trascendente a la acción ni como parte integrante del dolo. No es necesaria la voluntad de permanencia siendo suficiente con la entrada en el inmueble que implique un ataque contra la tenencia legítima del propietario, de su poseedor o de un simple tenedor de hecho, y que suponga una perturbación al legítimo ocupante en el pacífico disfrute del inmueble. Tampoco es necesaria la voluntad de morar en el inmueble pues ello supondría la despenalización *de facto* de aquellas ocupaciones realizadas con una finalidad distinta.

Decimotercera.- Causas de justificación. Del catálogo de eximentes de la responsabilidad criminal que contiene el artículo 20 del Código Penal tienen el carácter de justificación la *legítima defensa* (art. 20.4°), el *estado de necesidad* (art. 20.5°), y el *cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho* (art. 20.7°).

A) Legítima defensa. Legítima defensa es aquella que resulta necesaria para impedir, repeler o rechazar, una agresión o ataque injusto y actual contra la persona o bienes de quien se defiende o de un tercero. Se trataría, por tanto, de una causa de

justificación que, en principio, no es aplicable para quien ocupa, sino para la persona que sufre las consecuencias de la ocupación.

B) Estado de necesidad. El estado de necesidad es la causa de justificación habitualmente invocada por los abogados defensores en relación con la ocupación pacífica de bienes inmuebles. La Jurisprudencia *menor* admite el estado de necesidad justificante de forma absolutamente restringida y con carácter excepcional. En alguna ocasión se aprecia bien como eximente incompleta del artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el 20.5 del mismo cuerpo legal; bien como simple atenuante analógica de estado de necesidad del artículo 21.7, en relación a los artículos 21.1 y 20.5 todos ellos del referido texto punitivo. Con carácter general se rechaza la alegación del estado de necesidad, pues, no puede convertirse en un *subterfugio para dar lugar expansivamente a impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito*. Dos son los motivos usuales por los que se desestima la pretensión alegada: bien por considerar que no concurren la totalidad de sus requisitos esenciales, bien por no estar debidamente acreditados el cumplimiento de los mismos (que han de estar tan acreditados como los hechos mismos). Entre los primeros la Jurisprudencia considera como requisito esencial la imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno. Falta por tanto este requisito cuando los acusados no han puesto su situación en conocimiento de las entidades públicas o privadas correspondientes, y no han solicitado la adopción de las medidas oportunas para prestárseles la correspondiente ayuda y procurarles un lugar adecuado en donde vivir, y haber agotado, así, los medios o recursos, lógicos y razonables. Por ello, un sector jurisprudencial no admite el estado de necesidad por disponerse en nuestra actual sociedad de la línea de recursos sociales existentes en diferentes organismos públicos (Ayuntamientos, Comunidades Autónomas...) y privados para, aun provisionalmente, subvenir a la necesidad de vivienda; cuando no se han agotado las vías dirigidas a la obtención de una vivienda por medio lícito; cuando no se han agotado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar se podían utilizar.

La Jurisprudencia *menor* en esta figura delictiva admite la posibilidad del estado de necesidad exculpante. Considerar que el estado de necesidad referido a males

equivalentes es causa de justificación (teoría unitaria o de la unidad) implica necesariamente tres consecuencias que no se darían si se considerase que es una causa de exculpación (teoría diferenciadora o de la diferenciación): impunidad de la participación, admisibilidad del error, y exclusión de la responsabilidad civil al agente. De seguirse la teoría diferenciadora se castigaría al cómplice de quien ocasiona un mal en un bien jurídico ajeno para evitar un mal igual en el propio, mientras que se dejaría impune al autor de la lesión (con la teoría unitaria no, pues la participación delictiva en la causación de un mal igual que el que se trata de evitar es impune, ya que no hay participación criminal posible en un hecho lícito); se estimaría intrascendente el error sobre la igualdad de los males (con la teoría unitaria si el sujeto piensa equivocadamente que el mal que causa es igual -y no mayor como realmente ocurre-, que el que trata de evitar, estaríamos ante un error de prohibición indirecto); generaría responsabilidad civil en el agente como hecho ilícito que es (antijurídico pero no culpable) en contra de lo establecido en el artículo 118.1.3ª del Código Penal (de donde se inferiría que legalmente se considera que el estado de necesidad es una causa de justificación).

La Jurisprudencia *menor* ha aplicado en algunos casos para absolver a los ocupantes (por la escasa lesividad derivada de algunas de las conductas de ocupación pacífica de bienes inmuebles), la doctrina del *ius usus innocui*, basada en que no está prohibido que cada cual pueda beneficiarse de aquello que no perjudica a otro, lo que corrige la rigidez del derecho de exclusión de terceros en relación con el derecho de propiedad. Si bien, y al no estar expresamente recogida en el Código Penal, se han utilizado razonamientos propios del estado de necesidad, como por ejemplo, la consideración de la falta de otras vías legítimas para la resolución de un conflicto entre el derecho a la vivienda y la integridad física del acusado (por un lado), y la preservación formal del derecho a la propiedad del edificio ocupado, de titularidad pública (por otro).

C) Cumplimiento de un deber. Difícilmente podemos encontrar deberes cuyo cumplimiento dé lugar a la aplicación de la causa de justificación de *cumplimiento de un deber* (art. 20.7º) que no procedan de un cargo público. Si bien, la mayoría de estos casos serían reconducibles a supuestos de atipicidad por autorización de la conducta concedida por órganos judiciales o administrativos, o por un precepto legal o reglamentario (v. gr., supuestos de ocupación derivados de la Ley de Costas para

salvamento marítimo). La Jurisprudencia *menor* no contempla situaciones amparadas por esta eximente y rechaza un supuesto en que se alega el cumplimiento de la patria potestad como deber justificante de la ocupación pacífica, pues “el Ordenamiento jurídico no impone el cumplimiento de deberes cuyo cumplimiento comporta una afectación de los derechos de terceros cuando tal afectación puede evitarse sin renunciar a la tutela del interés en el que se fundamentaría la imposición de tales deberes”.

D) Ejercicio de un derecho: Derecho a la vivienda como pretendida causa de justificación. Junto al estado de necesidad, la alegación del derecho a una vivienda digna (reconocido en el art. 47 CE) es la manifestación invocada por las defensas de los acusados para justificar sobre la base del *ejercicio de un derecho* (art. 20.7 CP) la ocupación pacífica de bienes inmuebles. Que el Derecho conceda un derecho no significa que permita realizarlo de cualquier modo y a costa de lesionar bienes jurídico-penales: significa sólo que permite realizarlo dentro de los cauces *legítimos*. Excluye su aplicación a los supuestos en que el particular recurre a las vías de hecho como medio de satisfacerlo; máxime en casos como el presente donde el derecho a la vivienda se trata sencillamente de una norma dirigida al poder público sin dimensión subjetiva autónoma, y donde no goza de la naturaleza de derecho público subjetivo, sino de derecho de prestación frente al Estado, de principio rector que no otorga por sí solo facultades ejercitables al individuo. La Jurisprudencia *menor* rechaza que el derecho a la vivienda se trate de un derecho absoluto que se pueda cumplir a costa de la vivienda y la propiedad de los demás; correspondiendo a los poderes públicos, por los cauces legales, la realización del mismo, y en la medida en que las circunstancias sociales y económicas del país así lo permitan mediante las ayudas necesarias a los más necesitados. Por lo que no es justificable la conducta de ocupación bajo la invocación del ejercicio del derecho social a una vivienda digna reconocido en el artículo 47 de la CE, pues al igual que sucede con los restantes derechos sociales-constitucionales no es posible admitir una facultad subjetiva para ejercitarlos.

Decimocuarta.- Imposibilidad del error de prohibición directo. La ocupación pacífica de bienes inmuebles se incardina en las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba *mala in se*, por tratarse de una de aquellas conductas definidas en el Código Penal, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-

cultural (por contraposición a los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad, los *actos mala quia prohibita*). Por ello, no es posible concebir la existencia de un sujeto que ignore que ocupar un bien inmueble o permanecer en él contra la voluntad de su titular no es una conducta prohibida (error de prohibición directo), pues, tanto la propiedad como la posesión que se tutelan en esta figura delictiva, son instituciones jurídicas de tradición milenaria, no existiendo derecho originario de la naturaleza tan estrechamente ligado con el hombre como el de la propiedad, amén de ser postulado de la naturaleza, del individuo y de la sociedad. Como afirma el Tribunal Supremo: “resulta inverosímil, y por lo tanto inadmisibles la invocación del error de prohibición cuando se trata de *“infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada”*”. Estas palabras y esta concepción del delito las hace suyas la Jurisprudencia menor en relación a esta figura delictiva. Además, “*no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas*”. Piénsese en los supuestos de ocupación de inmuebles que se producen empleando fuerza en las cosas, v.gr., violentando las cerraduras de sus puertas, cambiando las mismas, fracturando los cristales de sus ventanas, o empleando cualquier otro medio ilícito de acceso a un inmueble que evidencia por su estado la exclusión de terceros.

Decimoquinta.- Excusa absolutoria. La determinación del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles no como delito exclusivamente patrimonial, sino como delito pluriofensivo (que pretende proteger junto al patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico jurídico, y el orden público) nos lleva a excluir la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal a los supuestos de ocupación pacífica de bienes inmuebles cometidos entre parientes. Los delitos y los parientes enumerados en el referido artículo lo son taxativamente y en relación de *numerus clausus*, y por lo tanto, no cabe extender su aplicación ni a parientes distintos ni a infracciones diversas a las mencionadas expresamente. Ni se puede aplicar, como sostiene el Tribunal Supremo, a *infracciones de otra naturaleza*, en los que el bien jurídico protegido es la fe pública, la credibilidad o cualquier otro no patrimonial; teniendo siempre presente además que este precepto es de carácter excepcional (y por lo tanto, de interpretación restrictiva o al menos no extensiva).

Decimosexta.- Degradación sobrevenida a delito leve. Pese a no haber sufrido la redacción del artículo 245.2 del Código Penal ninguna reforma desde su introducción en el Código Penal de 1995, tras la reforma de éste por la Ley Orgánica 1/2015, la pena de tres a seis meses de multa con la que se sanciona esta conducta, ha dejado de ser una pena menos grave para pasar a ser una pena leve, con la inevitable consecuencia de producir en la ocupación pacífica de bienes inmuebles una *degradación sobrevenida de delito menos grave a delito leve*. Y ello porque se tiene por leve, el delito cuya pena arranque del ámbito leve, aunque la extensión de su pena se dilate por el tracto asignado a su modalidad menos grave. Esta degradación afecta a éste y otros delitos patrimoniales, considerándose un error del legislador tanto por el silencio que mantiene en el Preámbulo de la reforma, como por la pérdida de virtualidad diferenciadora de la naturaleza del delito que el límite cuantitativo de los 400 € tenía con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 en numerosos delitos patrimoniales. La diferencia entre delito y falta (hoy delito leve) radicaba en el valor del objeto material (superior o inferior a 400 €). En la actualidad son delitos leves, tanto el tipo básico como el atenuado con independencia de ese límite cuantitativo de 400 €, lo que supone un absurdo jurídico. Este error del legislador supone que la reincidencia por delito leve de ocupación pacífica de bienes inmuebles no tenga las consecuencias penológicas de las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal propias de los delitos graves y menos graves (arts. 22.8 en relación con el 66.1.3ª, 5ª y 66.2 CP). Asimismo, implica un cambio en la competencia y procedimiento a seguir para su enjuiciamiento. Los hechos cometidos a partir del 1 de julio de 2015 ya no siguen los trámites del procedimiento abreviado (Título II, Libro IV, de la LECrim), ni del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (Título III, Libro IV, de la LECrim), sino el de delitos leves (Libro VI LECrim); y su enjuiciamiento es por consiguiente competencia de los Juzgados de Instrucción (art. 14.1 LECrim), con la particularidad (frente a las antiguas faltas), de la preceptividad de las reglas generales de defensa y representación (art. 967 párrafo 2º LECrim). No obstante los Juzgados de lo Penal continuarán conociendo de las causas incoadas con anterioridad al 1 de julio de 2015 en virtud del principio *tempus regit actum*; si bien aquellas en que la situación de antijuridicidad se inicia antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, y persiste con posterioridad al 1 de julio también han de tramitarse como delitos leves siempre que el procedimiento esté aún en el Juzgado de Instrucción. Para salvar el error

del legislador debería incrementarse al menos en un día multa la pena de esta figura delictiva para que recuperara la categoría de delito menos grave.

Decimoséptima.- Lenidad de las penas. La lenidad de las penas (multa de tres a seis meses) contrasta con la dureza con la que se han sancionado estas conductas en el derecho histórico antes de la codificación. En Grecia y Roma la remoción con el arado de las piedras que delimitan los fundos (y que representaban la imagen del dios *Término*, o *Terminus*) conturbando la vereda o apropiándose de algo de la misma fue sancionado por una ley atribuida a Numa Pompilio como sacrilegio, inmolando al hombre o animal invasor y sus bienes al dios Término. En época posterior, cuando con intervención del Estado se trazaron los límites entre las heredades, las sanciones sólo fueron pecuniarias, salvo si el hecho era cometido por esclavo, en que tenía pena de muerte. Adriano sustituyó las penas pecuniarias por otras de verdadera índole criminal. Relegación temporal, para las personas de clase alta, y trabajo obligatorio por espacio de dos o tres años para las de clase humilde, si se hubiese hecho dolosamente; y castigos corporales si se hubiera cometido culposamente. Posteriormente se aumentó esta penalidad, de manera que a las personas de clase alta se les imponía la relegación perpetua y además, la pérdida de una tercera parte del patrimonio; a las de clase humilde, el trabajo obligatorio, y a los esclavos se les condenaba a las minas. La pena corporal (azotes) se mantuvo en el *Liber Iudiciorum* para los siervos, y pecuniarias a favor de quien sufre el engaño (Ley II, Tít., III, Lib., X). *Las Partidas* sancionan al que toma por fuerza, hurta o encubre bienes muebles o inmuebles (usurpación) pertenecientes al Rey o al reino, castigando según la naturaleza de los bienes (muebles o raíces), la cualidad del autor (“*los omes mas honrados*” o, si “*fuere otro ome*”), y distinguiendo si tuviere o no con que “*pechar*”; pudiendo llegar a “morir por ello” (Ley I, Tít., XVII, Partida 2). El *Ordenamiento de Alcalá* fija “que mueran por ello” los que hurtan (usurpan), toman por fuerza, o derriban casas fuertes o castillos, y distinguiendo si se derribó o no. En el primer caso debe pagar el doble de lo que valía a su dueño; y en el segundo, se debe restituir a aquel a quien se tomó o hurtó, perdiendo el autor, en su caso, el derecho que pudiera tener (Ley única, Tít., XXX). El *Ordenamiento de Montalvo*, con las mismas penas que el de Alcalá, prohíbe para mantener la paz y sosiego (hoy orden público o seguridad ciudadana) que los hijosdalgo y los caballeros tomen, unos a otros, por la fuerza, por engaño, por hurto (usurpen), o por trato, sus castillos y fortalezas (Ley X, Tít., II, Lib., IV). La *Nueva Recopilación* (Ley 10, Tít., 5,

Lib., 6) y la *Novísima Recopilación* (Ley II, Tít., XV, Lib., XII) disponen que para mantener la paz y sosiego (hoy orden público o seguridad ciudadana) los castillos y fortalezas son tomados en guarda, encomienda y defensa del Rey, ya sean éstos de los perlados, ricos-hombres, hijosdalgos, órdenes, u otros cualesquiera, prohibiendo que se los tomen, unos a otros, ni ningunos otros, por la fuerza, o por hurto (usurpación), fijando la misma pena que los Ordenamientos de Alcalá y Montalvo.

Decimoctava.- Oportunidad reglada y ocupación pacífica. Uno de los rasgos más característicos de la reforma penal y *procesal* operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, radica en la inserción en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves (y sólo en él) del *principio procesal de oportunidad reglada* con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes. A ellos habría que añadir aquellos hechos típicos que sin ser materialmente intrascendentes han sido degradados por un error del legislador en delitos leves (v. gr., usurpación impropia...). Fiscalía General del Estado ha dispuesto instrucciones de actuación para los Fiscales (Circular 1/2015) que persiguen “enmendar y corregir” los errores del legislador, ordenando que *se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del art. 245.2 CP*. Por lo que no estamos ante un “delito bagatela” y existe un interés público relevante en la persecución del hecho. Si no ha de darse un exceso en la punición (sanción penal) de aquellas conductas de escasa transcendencia y relevancia social, tampoco es ni político-legislativa, ni constitucionalmente admisible, la bagatelización de determinados bienes jurídicos nucleares protegiéndolos exclusivamente mediante infracciones administrativas. La importancia de los bienes jurídicos que se tutelan en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles justifica la necesidad de la tutela penal de tales conductas. En el entorno europeo se sigue una política criminal de tipificación de estas conductas (Inglaterra, Holanda, Alemania).

Decimonovena.- Perseguibilidad. La Jurisprudencia *menor*, a efectos de perseguibilidad establece que es un delito público, perseguible de oficio, que no requiere de denuncia previa ni de la personación del perjudicado; que no es requisito de

procedibilidad haber ejercitado, previamente a acudir al orden jurisdiccional penal, las acciones civiles correspondientes para obtener la posesión de los bienes inmuebles pues no está expresamente previsto en nuestro ordenamiento; y que el apartamiento tácito del proceso no hace decaer la eficacia inicial de la denuncia.

Vigésima.- Prescripción

A) Prescripción del delito. En el Código Penal de 1995, el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles, según sus sucesivas reformas, ha tenido un plazo de prescripción de tres años (en su redacción originaria), de cinco años (desde la LO 5/2010, de 22 de junio), y en la actualidad de un año (desde la LO 1/2015, de 30 de marzo). Si bien, por tratarse de un delito permanente, siempre los términos de prescripción han de computarse *desde que se elimine la situación antijurídica*, no comenzando por tanto a computarse el plazo de prescripción sino desde que los autores cesen en la ocupación o mantenimiento ilícitos; es decir, hasta que se produzca el desalojo (voluntario o no). De lo contrario podría darse el absurdo de que éste prescribiera sin haber cesado los autores en su actuación antijurídica.

B) Prescripción de la pena. Hasta la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, el plazo de prescripción era de cinco años. En la actualidad, el hecho de que el delito tenga atribuida naturaleza leve con arreglo a la norma del artículo 13.4 CP en nada altera la naturaleza menos grave de la pena concretamente impuesta si la extensión determinada en sentencia se adentra en el tramo o cuantía del art. 33.3 CP, por lo que, en estos supuestos, habremos de entender que el plazo de prescripción es el de cinco años. Por el contrario, si la pena impuesta queda en el tramo leve, su plazo de prescripción será de 1 año.

Vigesimoprimera.- Iter criminis. El Derecho Penal no puede sancionar lo puramente interno que no tiene exteriorización; por ello, por mucho que alguien quiera ocupar un inmueble, si se queda en mero pensamiento, sin trascendencia externa, su propósito será irrelevante jurídico-penalmente. Y no estando expresamente prevista la ocupación pacífica de bienes inmuebles entre los actos preparatorios punibles relacionados con los delitos patrimoniales, atendiendo al sistema de *numerus clausus* de punición de los mismos, la conspiración, proposición y provocación para ocupar o

mantenerse en un inmueble ajeno sin autorización de su titular es impune. Al empezar la tentativa donde acaba el acto preparatorio, y la consumación donde acaba la tentativa; el comienzo de ejecución y no consumación constituyen los límites mínimo y máximo de la tentativa. La modalidad pasiva (mantenerse contra la voluntad) es, por su carácter de delito de omisión propia, una figura de mera inactividad, lo que imposibilita a nuestro juicio la apreciación de formas imperfectas (tentativa). No así la modalidad alternativa (ocupar sin autorización) en la que la ausencia del desvalor de resultado, derivada de no producirse el resultado finalísticamente perseguido por el autor de la conducta penalmente típica, no determina la licitud de la conducta. El Derecho en relación con los delitos de resultado, no prohíbe en sentido estricto la producción del resultado previsto en el tipo penal, sino que prohíbe la realización de la acción dirigida a la producción del resultado típico. Prueba de ello es la punición en el Derecho Penal español de la tentativa de delito. Así en los supuestos en que con consciencia y voluntad de penetrar en el inmueble, no se llegase a alcanzar por causas ajenas a la voluntad de los agentes (ser sorprendidos por vecinos, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado...); o en los que, interviniendo fuerza en las cosas, no dirigida directa e inmediatamente a vencer la voluntad de las personas, sino a suprimir las barreras e impedimentos físicos que el titular del inmueble tiene establecidos para impedir su acceso (candado, cerradura, reja, puertas, ventanas...), no se lograra la entrada a pesar del propósito del sujeto o sujetos activos. Habrá consumación y no tentativa con la mera penetración sin autorización debida en el inmueble que no es propio o sobre el que no se tiene derecho alguno, siempre que ésta suponga una perturbación al legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo. Si el autor además consigue satisfacer la intención que perseguía (alcanzar un provecho económico determinable, la intención de permanencia...) el delito estará agotado.

Vigesimosegunda.- Autoría y participación. Los diversos aspectos que abarca la teoría de la autoría y participación no ofrecen en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles especialidad alguna digna de mención, salvo que por tratarse de un delito permanente por sus características, cabe participación o coautoría después de la consumación mientras se mantenga la situación antijurídica.

Vigesimotercera.- Concurso de leyes.

A) Allanamiento de morada y usurpación violenta. La conducta nuclear de los delitos de allanamiento de morada (*entrar o mantenerse*) y ocupación pacífica (*ocupar o mantenerse*) es semejante. La tipificación de esta última conducta en el Código Penal de 1995 cubre una laguna legal al dar protección penal al inmueble que no constituye morada, y en el cual ha entrado o se mantiene, uno o varios sujetos, contra la voluntad de su titular. La relación entre ambos delitos más que de concurso de leyes es de exclusión. El objeto material del delito de usurpación impropia queda definido por un elemento positivo, la calidad de inmueble y ajeno, y otro negativo, que no constituya morada. La interacción entre ambos elementos es la que caracteriza el objeto material del delito. Con la condición negativa se quiere dejar claro que se ha de tratar de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado, pues en caso contrario, de constituir una morada, esto es un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el contemplado en el artículo 202 del Código Penal, allanamiento de morada, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad. Si el inmueble es morada se aplicará, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento; y ello no por preferencia de este delito en concurso de leyes, sino por atipicidad en el artículo 245.2 CP. La misma relación de exclusión es predicable en relación con el delito de usurpación violenta; si bien en este caso no por razón del objeto material, sino de la conducta. Si la violencia o intimidación en las personas se produce después de haberse consumado la ocupación para *mantenerse, permanecer o continuar* en la misma (cuando ésta inicialmente ha sido pacífica), la calificación de la conducta ha de ser de usurpación impropia o pacífica en concurso real con el correspondiente delito a que pudiere dar lugar la violencia.

B) Coacciones y amenazas. También descartamos el concurso de leyes con los delitos de coacciones y amenazas (estos últimos homogéneos), pues, la necesaria ausencia de violencia o intimidación en las personas para que exista ocupación pacífica aleja tal posibilidad del concurso. La ocupación pacífica puede ser subrepticia, clandestina o con fuerza en las cosas. La inclusión jurisprudencial de fuerza en las cosas en el concepto de violencia no afecta a conductas de esta clase. Así *v. gr.*, el cambio de cerradura, no puede configurarse independientemente como un delito menos grave o

leve de coacciones, pues, se trata de un elemento integrante del tipo de la usurpación y queda absorbido por dicha conducta.

C) Allanamiento pacífico de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público. Sí es apreciable un concurso normativo, dada la similitud existente en la redacción de los tipos penales de ocupación pacífica (art. 245.2 CP) y allanamiento pacífico de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (arts. 203. 1 y 2 CP), en cuyo caso será de aplicación, conforme a la regla de especialidad (art. 8.1 CP), el artículo 203 del Código Penal. En el caso de mantenimiento pacífico en el domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público si se resolviera el concurso de leyes por el principio de la alternatividad o gravedad (art. 8.4 CP) se produciría *de facto* la derogación del artículo 203.2 CP.

Vigésimocuarta.- Concurso real. La ocupación pacífica se encontrará en concurso delictivo real con cualquier delito que se cometa posteriormente en el inmueble ocupado.

A) Daños, defraudación de fluido eléctrico y análogos, y contra la salud pública. Es frecuente que este delito entre en concurso real con el delito de daños al ocasionarse destrozos como represalia ante la inminencia del desalojo. Si para acceder al inmueble no se emplean medios subrepticios o clandestinos sino fuerza en las cosas *v. gr.*, rotura de cristales, de puerta, cambio de cerradura... esa realidad fáctica del daño será responsabilidad civil derivada del delito de ocupación. Y sólo podrá adquirir una sustantividad independiente, como entidad penal diferenciada del delito de usurpación, y entrar en concurso real con el delito de daños, cuando los mismos sean innecesarios para consumir la entrada en el inmueble, cuando no sean, por tanto, instrumentales. En otro caso estarán subsumidos en la acción de ocupar. También es frecuente que el ocupante para abastecerse de luz, agua, gas... realice enganches ilegales a otro propietario, a la comunidad, o directamente a la empresa suministradora, empleando cualquiera de los medios fraudulentos tipificados en el artículo 255.1 del Código Penal, entrando en concurso real con el delito de ocupación pacífica. Los simples gastos de tales suministros ocasionados al titular del inmueble sin emplear para su disfrute ninguno de los mecanismos descritos en el referido artículo 255 del Código Penal, entraran dentro de los daños a indemnizar al perjudicado por parte del sujeto activo,

como responsabilidad civil derivada de la comisión del delito de ocupación pacífica. No faltan supuestos en que el autor del delito de ocupación pacífica, es condenado además por delitos contra la salud pública por dedicarse al tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en el inmueble ocupado.

B) Atentado, resistencia y desobediencia. Nada impide que si existe una resolución judicial (mandato expreso, concreto y terminante) ordenando el desalojo de un inmueble ocupado, y en el momento del lanzamiento se requiere al autor para que se abstenga de volver a ocuparlo, con los apercibimientos legales, se pueda incurrir en el delito de desobediencia (art. 556.1 CP) en concurso real con el de ocupación pacífica de bienes inmuebles, en caso de incumplimiento (nueva ocupación). Si bien, existirá un exceso punitivo si se aprecia tal concurso cuando sólo hubo un requerimiento de desalojo desatendido. No cabe apreciar el delito de desobediencia grave pues la negativa de los ocupantes a abandonar voluntariamente la finca es precisamente el contenido de injusto que integra el delito de usurpación, sin que se pueda sancionar repetidamente la ocupación ya penada como usurpación (art. 245.2 CP), con una segunda figura delictiva, a través del delito de desobediencia (art. 556 CP). Son más habituales en la práctica los concursos con los delitos de atentado a agentes de la autoridad (previsto y penado en los arts. 550.1 y 550.2 y 3 CP) o de resistencia (art. 556.1 CP), cometidos en el momento del desalojo.

C) Estafa inmobiliaria. En teoría nada impide que entre en concurso el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles con el tipo agravado de estafa inmobiliaria (art. 251.1º CP), si el ocupante ilegítimo de un inmueble que no constituya morada se atribuye falsamente facultades de disposición de las que carece por no haberlas tenido nunca, aparenta ser su legítimo propietario, y procede a la enajenación o arrendamiento del inmueble a otro, en perjuicio de éste o de un tercero (el legítimo propietario). En la práctica es más frecuente el fenómeno que denominamos de *sucesión en la ocupación bajo “apariencia” de legalidad*. Nos referimos al fenómeno creciente en la realidad social consistente en la existencia de bandas organizadas (inmobiliarias okupas) que por un precio de venta de entre 1.000 y 3.000 euros “venden” un inmueble. En realidad sólo cobran un precio por permitir el acceso. No podemos hablar de estafa inmobiliaria, pues, en realidad no existe un *engaño* al comprador. Éste es perfectamente conocedor (por el precio irrisorio frente al de mercado, el estado de la vivienda -puertas

apalancadas, puertas deterioradas y con evidente cambio de cerraduras-, ausencia del más mínimo formalismo legal, etc.) de la falta de título legítimo del “propietario”. Sabe que el inmueble no pertenece a quien se lo transmite, pero paga por tener un techo donde guarecerse. El adquirente es perfectamente conocedor de que está ocupando un inmueble, y de que en realidad no está comprando ninguno. Lo mismo sucede en los casos de *alquiler* de estos inmuebles. Es lo que se conoce en el argot como “alquiler de patada”.

Vigesimoquinta.- Concurso medial.

A) Falsedad documental. También en teoría es posible el concurso medial entre falsedad documental y usurpación pacífica de bienes inmuebles si la ejecución se realizara mediante la falsificación de algún documento público o privado que exteriorice mendazmente una autorización para la ocupación. En la práctica es más frecuente el concurso real que el medial. Así, una vez consumada la ocupación, su autor a fin de evitar el desalojo, o lograr el archivo del procedimiento que contra él se dirige, o una sentencia absolutoria, presenta ante el Juez de Instrucción un contrato de arrendamiento y un recibo de pago de alquiler inexistentes con la firma falsificada del titular del inmueble.

B) Realización arbitraria del propio derecho. El único caso posible de concurso medial entre usurpación pacífica y realización arbitraria del propio derecho (de darse en la realidad), sería el del no propietario (el propietario no puede ser sujeto activo del delito de usurpación, toda vez que el tipo penal exige la ajenidad) que pretenda hacer efectivo un derecho no real, y para ello ocupa un inmueble como medio de hacer efectivo su propio derecho, y siempre que el apoderamiento no superase de forma importante el valor de lo adeudado.

Vigesimosexta.- Concurso ideal. Es posible que se cometa en autoría mediata un delito de usurpación en concurso ideal con prevaricación al derivar ambos de una sola acción. Así, *v. gr.*, cuando el autor, autoridad o funcionario público, careciendo de legitimidad administrativa para su actuación, utiliza como instrumento una empresa para la ocupación temporal de parte de un inmueble de propiedad ajena y para la

constitución de hecho de un derecho real de servidumbre de acueducto con vocación de permanencia sobre el mismo predio.

Vigesimoséptima.- Propuesta de lege ferenda. Debería no sólo mantenerse la tipificación penal de esta conducta sino incrementarse al menos en un día multa la pena de esta figura delictiva para que recuperara la categoría de delito menos grave, y así salvar el error del legislador tras la reforma del Código Penal introducida por Ley Orgánica 1/2015. Asimismo, consideramos que sería aconsejable por su mayor antijuridicidad añadir un segundo párrafo al artículo 245.2 del Código Penal para imponer la pena en su mitad superior cuando la ocupación o el mantenimiento en el inmueble tuviesen una duración superior a 1 año y cuando el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos. La razón de establecer el plazo de un año obedece a que se estima que es una perturbación en la posesión de una duración lo suficientemente considerable como para merecer un mayor reproche penal; así, como por el hecho de que transcurrido dicho plazo el despojado ha perdido tanto el poder de hecho que tenía sobre el inmueble como el poder incorporal sobre el mismo (la posesión como derecho), sin que pueda recuperar la tenencia material mediante la oportuna reclamación judicial sumaria (arts. 446 y 460.4 CC, y arts. 250.1.4º y 439 LEC). La agravación por la pertenencia del culpable a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos responde a la enorme preocupación por los delitos de ocupación llevados a cabo por miembros de organizaciones y grupos constituidos exclusivamente para la comisión de delitos de esta naturaleza. Así, teniendo presente todo lo anterior, proponemos la siguiente redacción del artículo 245.2 del Código Penal: *“El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres meses y un día a seis meses. Estas penas se impondrán en su mitad superior cuando la ocupación o el mantenimiento a que se refiere el párrafo anterior exceda de un año, así como cuando el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos”*.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M.:

- << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio (II) >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen I*. TERRADILLOS BASOCO, J.M. (COORD.). Ed. Iustel, 1ª edición. Madrid, 2011; y 2ª edición, Madrid, 2016.

ACEDO PENCO, A.:

- << El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia >> en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. Nº 14-15. Año 1996-1997.

ACOSTA GALLO, P.:

- << La necesaria redefinición jurídico política de los conceptos de seguridad nacional y orden público >> en *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno. Grupo de trabajo 09: Democracia, seguridad nacional y políticas públicas*. [www.aecpa.es/uploads/files/...07/.../ACOSTA-GALLO-Pablo\(UJRC\).pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/...07/.../ACOSTA-GALLO-Pablo(UJRC).pdf).

ADELL ARGILÉS, R.:

- << Mani-fiesta-acción: La contestación okupa en la calle (Madrid, 1985-2002) >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004.

ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M.:

- (COORDS.) *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. Ed. Catarata. Madrid, 2004.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.:

- << La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del Patrimonio. El desahucio administrativo >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.). Ed. Thomson Civitas. 1ª edición. Madrid, 2004.

AGOUÉS MENDIZÁBAL, C.:

- << Función social de los derechos; en especial, el derecho de propiedad >> en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (DIR.). Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 1ª edición. Madrid, 2010.

AGUADO, J.C.:

- << Un "okupa" en el hospital >> en *El Mundo*, Viernes 28/10/2011.
<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/28/andalucia/1319813544.html>.

AGUADO BLEYE, P.:

- *Manual de Historia de España. Tomo I. Prehistoria, Edades Antigua y Media. Tomo II. Reyes católicos-Casa de Austria (1474-1700). Tomo III. Casa de Borbón (1700-1808). España Contemporánea (1801-1955)*. Ed. Espasa-Calpe, S.A., 11ª edición. Madrid, 1971.

AGUIRRE, A., Y RODRÍGUEZ, M.:

- *Skins, Punkis, Okupas y otras tribus urbanas*. Ed. Bardenas. Barcelona, 1997.

AGUIRRE, B.:

- << El Defensor del Pueblo acepta mediar entre los 'okupas' de Lavapiés y las instituciones >> en *El País*, 25 de octubre de 1997.
http://elpais.com/diario/1997/10/25/madrid/877778663_850215.html.

ALASTUEY DOBÓN, C.:

- << Capítulo 15.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico I. Hurtos. Robos. Extorsión. Robo y Hurto de uso de

vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., Y BALDOVA PASAMAR, M.A.: (COORDS.): Ed. Comares. Granada, 2016.

ALBALADEJO, GARCÍA, M.:

- *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 19ª edición, revisada y puesta al día por Silvia Díaz Alabart. Madrid, 2013.
- *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 11ª edición, revisada y puesta al día por Encarna Cordero Lobato. Madrid, 2010.

ALBALADEJO GARCÍA, M., Y DÍAZ ALABART, S.:

- (DIRS.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas, 3ª edición. Madrid, 1997.

ALCÁCER GUIRAO, R.:

- *Tentativa y Formas de Autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Ed. Edisofer, S.L. Madrid, 2001.

ALCÁCER GUIRAO, R.:

- << Capítulo 11.- Circunstancias atenuantes. A.- Eximente incompleta >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

ALHAMBRA PÉREZ, Mª.C.P.:

- << La reforma de la prescripción en la Ley Orgánica 5/2010 >> en *Cuadernos Digitales de Formación*. Nº 19. Plan de Formación Comunidad de Madrid 2011. Año 2011. CGPJ.

ALONSO GONZÁLEZ, A.B.:

- << Nueva regulación de la prescripción en el ámbito penal >> en *Conclusiones del Seminario de 6, 7 y 8 de junio de 2012 del Servicio de Formación Continuada del Consejo General del Poder. CGPJ.*

ALONSO PÉREZ, F.:

- *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos. Legislación. Comentarios. Jurisprudencia.* Ed. Colex. Madrid, 2003.

ALONSO PRIETO, L.:

- << Acotaciones a la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre modificaciones del Código penal >> en *Revista de Derecho de la Circulación*, enero-febrero, 1975.

ALONSO TIMÓN, A.J., ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., BARRIO ANDRÉS, M., [ET AL.]:

- *Derecho Administrativo I-II.* Ed. Dykinson, 2ª edición. Madrid, 2013.

ALONSO Y ALONSO, J.M.:

- << De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822 >> en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. Nº 11, febrero 1946.

ÁLVAREZ, M.J.:

- << Mafias de okupas atemorizan a cientos de vecinos en Vallecas >> en *ABC. España. Madrid.* 25/01/2016. http://www.abc.es/espana/madrid/abci-mafias-okupas-atemorizan-cientos-vecinos-vallecas-201601252223_noticia.html.

ÁLVAREZ, P.:

- << La Complutense permite la acampada “okupa” hasta el jueves >> en *El País.* Edición Madrid, 19 de marzo de 1997. http://elpais.com/diario/1997/03/19/madrid/858774277_850215.html.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.:

- << Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822 >> en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5, Madrid, 1978.
- << Bien Jurídico y Constitución >> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 43, 1991. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1991.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; Y MARTÍNEZ GUERRA, A.:

- (COORDS.): *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:

- (DIRS.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.):

- *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ÁLVAREZ MOLÉS, P.:

- *Movimientos sociales, relaciones de género y cultura. El caso de los gaztetxes en la CAPV.*
<http://www.gipuzkoagazteria.net/nodoa.php?nd=13573&hizkntz=2>.

ÁLVAREZ ORTEGA, M.:

- << Orden Público: Unidad axiológica, espacio europeo >> en *Anuario de Derecho Europeo*. Nº 3. Año 2003.

ÁLVAREZ POSADILLA, J.:

- *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu, y el de la legislación de España en que se tratan las cuestiones prácticas*. Imprenta de la Viuda de Ibarra. Madrid, 1796.

ÁLVAREZ SUÁREZ, U.:

- *Curso de Derecho Romano*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- *Instituciones de Derecho Romano. I.- Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos. II.- Derecho procesal civil. III.- Personas físicas y colectivas en el Derecho romano*. Madrid, 1973.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I.:

- (COORD.): *Lecciones de Derecho Constitucional*. Ed. Tirant lo Blanch, 4^a edición. Valencia, 2014.

AMADEO GADEA, S.:

- (COORD.): *Código Penal. Tomo I.- Parte General. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262). Volumen II (artículos 139 al 639 y Disposiciones)*. Ed. Factum Libri Ediciones, S.L., 1^a edición. Madrid, 2007-2011.
- (COORD.): *Código Penal. Doctrina, Jurisprudencia y Comentarios. Con las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo y Ley 4/2015 de 27 de abril*. Ed. Factum Libri Ediciones, S.L., 1^a edición. Madrid, 2015.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.:

- *El Delito de Daños: Consideraciones Jurídico-Políticas y Dogmáticas*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos. Burgos, 1999.

ANTEQUERA, J.M^a.:

- *La codificación moderna en España*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1886.
- *Historia de la legislación española. Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*. Imprenta de San Francisco de Sales, 4^a edición. Madrid, 1895. (Reimpresión facsímil). Ed. Analecta ediciones y libros SL. Pamplona (Navarra), 2002.

ANTOLISEI, F.:

- *Manual de Derecho Penal. Parte general.* DEL ROSAL, J., Y TORIO, A. (TRADUCTORES). Ed. U.T.E.H.A. (Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana). Buenos Aires, 1960.
- *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale I-II.* Dott. A. Giuffrè Editore, 5ª edición riveduta e aggiornata. Milano, 1966.

ANTÓN ONECA, J.:

- << Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en la Jurisprudencia >> *Separata de la Nueva Enciclopedia Jurídica.* Tomo IX. Ed. Francisco Seix, S.A. Barcelona, 1957.
- << Historia del Código Penal de 1822 >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Tomo XVIII, fascículo 2, mayo-agosto 1965.
- << El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Tomo XVIII, fascículo 3, septiembre-diciembre 1965.
- << El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal >> en *separata de la Revista de Estudios Penitenciarios.* Nº 174, julio-septiembre de 1966. Madrid, 1967.
- << El Código Penal de 1870 >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Tomo XXIII, fascículo 2, mayo-agosto 1970.
- *Derecho Penal.* Ed. Akal, 2ª edición anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Madrid, 1986.

ARIAS RAMOS, J., Y ARIAS BONET, J.A.:

- *Derecho Público Romano e Historia de las fuentes.* Ed. Sever-Cuesta, 15ª edición. Valladolid, 1983.
- *Derecho Romano I.- Parte General. Derechos reales. Derecho Romano II.- Obligaciones. Familia. Sucesiones.* Ed. Revista de Derecho Privado, 18ª edición, 7ª reimpresión. Madrid, 1997.

ARNALDO ALCUBILLA, E.:

- << El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución Española de 1978 >> en *La noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español.*

ARNALDO ALCUBILLA, E., DELGADO AGUADO, J., E IGLESIAS MACHADO, S.
Ed. Dykinson, con la colaboración del Gobierno de Canarias. Madrid, 2011.

ARNALDO ALCUBILLA, E., DELGADO AGUADO, J., E IGLESIAS MACHADO, S.:

- *La noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español*. Ed. Dykinson, con la colaboración del Gobierno de Canarias. Madrid, 2011.

ARROYO, E.:

- << La reforma más ambiciosa del Código Penal >> en *Escritura Pública*. Nº 61, 2010.

ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. (DIRS.); NIETO MARTÍN, A., Y PÉREZ CEPEDA, A.I. (COORDS.):

- *Comentarios al Código Penal*. Ed. Iustel, 1^a edición. Madrid, 2007.

ASAMBLEA ANTIMILITARISTA DE MADRID. GRUPO ANTIMILITARISTA DE CARABANCHEL.:

- *Cómo realizar una Acción Directa Noviolenta y no sucumbir en el intento (Guía teórico-práctica)*. Ed. Lamalatesta, 2^a edición. Madrid, 2011.

ASAMBLEA DEL EUSKAL JAI.:

- *Euskal jai. Iruñeko gaztetxearen azken egunak/Últimos días del gaztetxe de Iruñea*. Ed. Asamblea del Euskal Jai. Pamplona, 2004.

ASENCIO MELLADO, J.M^a.:

- *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 6^a edición. Valencia, 2012.

ASENS LLODRÁ, J.:

- << La represión al “movimiento de las okupaciones”: Del aparato policial a los *mass media* >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004.

ASENSIO, M.:

- << La okupación, ¿delito o derecho? >> en *Rebelión* (Traducido por Ramón Bofarull) 26-01-2012. <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=143580>.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL:

- *Resoluciones del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal Viena, 2 - 7 octubre de 1989.*
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1989_06.pdf.

ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE POLICÍAS.:

- *Ley Orgánica 1/92.* Ed. Centro Superior de Estudios Policiales.
http://www.haelsite.files.wordpress.com/2011/04/lo192_a4.pdf.

AYALA GÓMEZ, I.:

- << A propósito de las reformas (en curso) del Código Penal >> en *Otrosí*. N° 13. Enero-marzo 2013, 5ª época. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

AZCUTIA, M.:

- *La Ley Penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código Penal de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y principales legislaciones extranjeras.* Librerías de A. de San Martín, editor. Madrid, 1876.

BACIGALUPO ZAPATER, E.:

- << Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983.
- *Tipo y error*. Ed. Hammurabi, 2ª edición. Buenos Aires, 1988.
- << La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. El error. Año 1993.
- << El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VIII/2007. Derecho penal del siglo XXI. Año 2007.
- (DIR.): *Curso de Derecho penal económico*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2ª edición. Barcelona, 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, M.:

- << Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 28, Fascículo/Mes 3. Año, 1975.
- *La actualización del Código Penal de 1989*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989.
- << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 8.- Apropiación indebida >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- (DIR.): *Compendio de Derecho Penal. (Parte Especial) Volumen I y II*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2003.

BAJO FERNÁNDEZ, M., Y BACIGALUPO SAGGESE, S.:

- *Derecho penal económico*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª edición. Madrid, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., Y SUÁREZ GONZÁLEZ, C.:

- *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2ª edición. Madrid, 1993.

BALDÓ LAVILLA, F.:

- *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*. Ed. Bosch. Barcelona, 1994.

BARBER BURUSCO, S.:

- << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales*, vol. V. BIB 1999/793. Editorial Aranzadi, S.A.

BATISTA, A.:

- *Okupes. La mobilització sorprenent.* Ed. Random House Mondadori, Barcelona, 2002.

BAUCELLS I LLADOS, J.:

- *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- << La ocupación pacífica de viviendas deshabitadas y el nuevo Código Penal a la luz del principio de intervención penal mínima >> en *Revista Jurídica de Catalunya*. Nº 3. Año XCVI. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, editores. Barcelona, 1997.
- << La okupación de inmuebles en el nuevo Código Penal >> en *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa*. VV.AA. (Título original: “Okupacio, repressió i moviments socials”. Traducido por Sonia G., Max). Ed. Traficantes de sueños, 1ª edición en castellano. Barcelona, 2000.
- << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340)*. CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M. (DIRS.). Ed. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, 2004.

BAZA DE LA FUENTE, L.:

- << El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 >> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 57, 1995. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1995.

BECCARIA C.:

- *Dei delitti e delle pene (1744); Y VOLTAIRE: Comentaire sur le libre “Des délits et des peines” (1776)*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Introducción, apéndice y notas de Juan Antonio Delval. Ed. Alianza editorial, S.A., 1ª edición, 7ª reimpresión. Madrid, 2011.

BÉJAR GARCÍA, F.J.:

- << Concurso de leyes en Derecho Penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995.

BELLO JANEIRO, D.:

- *El precario: Estudio teórico práctico*. Ed. Comares, 2ª edición. Granada, 1999.

BENEYTEZ MERINO, L.:

- << De la Usurpación >> en *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis*. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.). Ed. Bosch, 3ª edición. Barcelona, 2012.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.:

- << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). “De la Extorsión”, “Del Robo y hurto de uso de vehículos”, “De la Usurpación” >> en *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L., 2ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015. Madrid, 2016.

BENTABOL MANZANARES, F.:

- *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades*. Ed. Colex. Madrid, 1996.

BERISTAIN, A.:

- << El Proyecto de Código Penal de 1980, víctima de las estructuras >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXIII, fascículo III, septiembre-diciembre 1980.

BETANCOURT F.:

- *Derecho Romano clásico*. Ed. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2ª edición, revisada y aumentada. Sevilla, 2001.

BETIM, F.:

- << Se vende piso okupado por 1.000 euros >> en *El País. Madrid*. 23/01/2014.
http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/01/22/madrid/1390420420_296720.html.

BLANCO LOZANO, C.:

- << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 6. Madrid, 1996.
- *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El Sistema de la Parte Especial. Volumen 1. Delitos contra bienes jurídicos individuales*. Ed. J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005.
- << Lección 1ª.- Introducción a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.). Ed. Tecnos. Madrid, 2011.
- << Lección 4ª.- Extorsión. Usurpación >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.). Ed. Tecnos. Madrid 2011.

BLANCO PEÑALVER, A.:

- << Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. K. Usurpación >> en *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal. Tomo II*. GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIR.). Ed. Bosch. Barcelona, 2006.

BLOCH, L.:

- *Instituciones romanas* (Traducción de la 3ª edición alemana por el Dr. Guillermo Zotter). Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1930.

BLUNTSCHLI, J.K.:

- *Derecho público universal (Versión castellana por García Moreno y Ortega García)*. F. Góngora y Compañía, editores. Madrid, 1880.

BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., Y VIVES ANTÓN, T.S.:

- *La reforma penal de 1989*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989.

BONÉ PINA, J.F.:

- << Breve síntesis sobre la reforma del Código Penal de 1995 por Ley Orgánica 15/2003 >> en *Lo Canyeret* N° 36, noviembre-diciembre 2003.

BORJA JIMÉNEZ, E.:

- << Lección XXII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (V): Robo y hurto de uso de vehículo. Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial*. VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA, ARNAU, M^a.L., BORJA JIMÉNEZ, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch, 4^a edición, actualizada a la Ley Orgánica 1/2015. Valencia, 2015.

BRAGE CENDÁN, S.B.:

- << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*. La Ley. Revista mensual de actualidad para profesionales. Año 3. N° 27, Septiembre, 2002.

BUENO ARÚS, F.:

- << La despenalización en la PANCP >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983.
- *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Ed. Aranzadi, S.A. Navarra, 2005.

BURDESE:

- *Manual de Derecho Público Romano*. Ed. Bosch. Barcelona, 1972.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.:

- << La tabla de garantías de la víctima en el proyecto de reforma del proceso penal español >> en *Diario La Ley*. Año XXXVI. Nº 8518. Sección Tribuna, 14 de Abril de 2015. Editorial La Ley.

BURGOS PAVÓN, F.:

- << Tema 2. Evolución del Derecho Penal español. Los distintos Códigos Penales españoles. El Código Penal de 1995 >> en *Derecho Penal. Temario oposiciones a la Carrera Judicial y Fiscal*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2008.
- *Derecho Penal. Temario oposiciones a la Carrera Judicial y Fiscal*. Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2011.

BUSTOS RAMÍREZ, J.:

- *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ed. PPU, S.A. (Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.), 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE. Barcelona, 1994.
- *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Ariel, S.A., 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día. Barcelona, 1991.
- << Seguridad ciudadana y seguridad jurídica >> en “*Universitas Vitae*”. *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. PÉREZ ÁLVAREZ, F. (EDITOR); NÚÑEZ PAZ, M.A., Y GARCÍA ALFARAZ, A.I. (COORDS.). Ed. CISE (Ciencias de la Seguridad de la Universidad de Salamanca) y Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª edición. Salamanca, 2007.

CABRERA CABRERA, P.J.:

- << La acción social con personas sin hogar en la España del siglo XXI. Avances y retos en la última década >> en *Exclusión social en España: Un espacio diverso y disperso en intensa transformación*. LAPARRA NAVARRO, M., Y PÉREZ ERANSUS, B. (COORD.). Ed. Fundación Foessa (Fomento de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada). Madrid, 2009.

CABRERA, P.J., Y RUBIO, M^a.J.:

- << Las personas sin hogar, hoy >> en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 75, año 2008.

CABRERA, P., RUBIO, M^a.J., Y BLASCO, J.:

- *¿Quién duerme en la calle? Una investigación social y ciudadana sobre las personas sin techo*. Ed. Fundación Caixa Catalunya. Barcelona, 2008.

CABRERA CABRERA, P.J., RUBIO MARTÍN, M^a.J., Y FERNÁNDEZ VELASCO, E.:

- *Guía de recursos para personas sin hogar*. Ed. Comunidad de Madrid. Consejería de Familia y Asuntos Sociales, 2^a edición. Madrid, 2005.

CÁCERES RUIZ, L.:

- *Delitos contra el Patrimonio. Aspectos penales y criminológicos. Especial referencia a Badajoz*. Ed. Visión Net. Madrid, 2006.

CALABUIG COSTA, M^a L.:

- << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo Quinto.- De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. (Parte Especial, artículos 138 a 639)*. CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.). Ed. Grupo Difusión. Madrid, 2008.

CALDERÓN CEREZO, A.:

- << El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995.
- << Capítulo X.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II.- Parte Especial*. CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. Ed. Deusto Jurídico. Barcelona, 2005.

CALDERÓN CEREZO, A., Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.:

- *Manual de Derecho Penal. Tomo I.- Parte General. Tomo II.- Parte Especial*. Ed. Deusto jurídico. Barcelona, 2005.

BIBLIOGRAFÍA

- (COORDS.): *Código Penal Comentado*. Ed. Deusto Jurídico. Barcelona, 2004.

CAMARENA GRAU, S.:

- << Delito de robo con violencia o intimidación >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 72. Cuarto trimestre, 2003.

CAMPO MORENO, J.C.:

- << Arrepentimiento: alcance penal en el *iter criminis* y en la responsabilidad criminal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 7. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Año 1995.

CANCIO MELIÁ, M.:

- << Capítulo 21.- Delitos contra las personas. Sección 5.- Lesiones >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

CANO CAMPOS, T.:

- (COORD.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo V*. Ed. Iustel. Madrid, 2009.

CANO MORIANO, G.:

- *Estudio sobre la figura del precario*. Ed. Edersa. Madrid, 1999.

CAPSANADA, C.:

- *Llucalari, 17 de gener-7 d'abril de 2002. Utopia, feina i realitat*. Ed. Josep Portella Coll. Menorca, 2005.

CARBONELL MATEU, J.C.:

- << Sobre la imputabilidad en Derecho Penal español >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 17. La imputabilidad en general en el Derecho penal. Año 1992.

- << El sistema de justificación en el art. 20 CP 1995 >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 27. El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal. Año 1996.

CARBONELL MATEU, J.C., Y MORALES PRATS, F.:

- << Capítulo 4.- Responsabilidad penal de las personas jurídicas >> en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (DIRS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

CARDONA TORRES, J.:

- *Derecho Penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*. Ed. Bosch, 1ª Edición. Barcelona, 2010.

CARMONA SALGADO, C.:

- << Lección 58.- Delitos contra el orden público (III). Los delitos de desórdenes públicos >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.). Ed. Dykinson, S.L., 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid, 2005.

CARRARA, F.:

- *Programa del curso de Derecho criminal dictado en la real Universidad de Pisa. Parte Especial. Volumen VI*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1947.

CARRÉ DE MALBERG, R.:

- *Teoría General del Estado (Traducción de José Lión Depetre y Prefacio de Héctor Gros Espiell)*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª edición en español, 1ª reimpresión. México, 2000.

CARRETERO SÁNCHEZ, A.:

- << Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas >> en *Diario La Ley*, Nº 7786, Sección Tribuna, 30 de enero de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley.

CARRILLO DONAIRE, J.A.:

- << Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La intervención. El deslinde >> en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.). Ed. Thomson Civitas. 1ª edición. Madrid, 2004.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.:

- << Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública >> en *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 27. Mayo-Agosto 1990.

CARRO MARTÍNEZ, A.:

- *Derecho Político*. Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, 3ª edición. Madrid, 1965.

CASABO RUIZ, J.R.:

- << Los orígenes de la codificación penal en España: El plan de Código criminal de 1787 >> en *separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1969.
- *El anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. (Estudio preliminar y edición)*. Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico. Murcia, 1978.
- *El Proyecto de Código penal de 1939. (Estudio preliminar y edición)*. Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico. Murcia, 1978.

CASANOVA, G.:

- *Armarse sobre las ruinas. Historia del movimiento autónomo en Madrid (1985-1999)*. Ed. Potencial Hardcore. Madrid, 2002.

CASARES VILLANUEVA, Mª.L.:

- << Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad >> en *Revista del Poder Judicial*. Nº 40. Octubre-Diciembre 1995. CGPJ.

CASINO RUBIO, M.:

- << Seguridad ciudadana y orden público >> en *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*. PAREJO ALFONSO, L. (DIR.). Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición revisada y actualizada. Valencia, 2013.

CASTALDO, A.R.:

- << Tradición y obsolescencia en el Derecho Penal >> en *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. ROMEO CASABONA, C.M., Y GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. (EDITORES); ARMAZA ARMAZA, E.J. (COORD.). Ed. Comares. Granada, 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, J.:

- *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo primero: Introducción y Parte General. Volumen primero: Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*. Ed. Reus, S.A., 2ª edición, revisada y puesta al día por ANTONIO M. ROMÁN GARCÍA. Madrid, 2005.
- *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo primero: Introducción y Parte General. Volumen segundo: Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídico*. Ed. Reus, S.A., Reimpresión de la 14ª edición, revisada y puesta al día por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Madrid, 1987.
- *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo segundo: Derecho de cosas. Volumen primero: Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*. Ed. Reus, S.A., 14ª edición, revisada y puesta al día por GABRIEL GARCÍA CANTERO. Madrid, 1992.
- *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo cuarto: Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Ed. Reus, S.A., 15ª edición, revisada y puesta al día por JOSÉ FERRANDIS VILELLA. Madrid, 1993.
- *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo sexto: Derecho de sucesiones. Volumen primero: La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte)*. Ed. Reus, S.A., 9ª edición, revisada y puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., Y BATISTA MONTERO-RÍOS, J., Madrid, 1989.

CASTELLÓ NICÁS, N.:

- *El concurso de normas penales*. Ed. Comares. Granada, 2000.

CASTELLS, M.:

- *La ciudad y las masas. Sociología de los movimientos sociales urbanos*. Ed. Alianza Editorial, S.A., Madrid 1986.

CASTILLO, R.:

- *Leyendas épicas españolas. Versión española de los poemas perdidos*. Ed. Castalia, 6ª edición. Madrid, 1988.

CEREZO MIR, J.:

- *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Ed. Tecnos. Madrid, 1982.
- << Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983.
- << La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español >> en *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. X. Año, 1985-1986.
- << Informe sobre el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal, de octubre de 1990 >> en *Actualidad penal*. Núm. 20, 1991.
- << El finalismo, hoy >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVI, fascículo 1, enero-abril 1993.
- << Las eximentes de culpabilidad >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 27. El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal. Año 1996.
- *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Teoría jurídica del delito/1*. Ed. Tecnos, 5ª edición. Madrid, 1997.
- *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen). Ed. Tecnos, 6ª edición, 1998; 6ª reimpresión, 2004. Madrid, 2004.

CLIMENT DURÁN, C.:

- *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*. Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición. Valencia, 2011; y 6ª edición, Valencia, 2016.

COBO DEL ROSAL, M.:

- << Sobre el delito continuado. (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales) >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995.
- << Primera Parte.- Principios Informativos del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011.
- << Segunda Parte.- Las fuentes directas de producción del Derecho Penal. Conflicto aparente de leyes penales >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011.
- (DIR.): *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. Ed. Edersa, 1ª edición. Madrid, 2005.
- (COORD.): *Derecho Penal español. Parte Especial*. Ed. Dykinson, S.L., 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid, 2005.
- (DIR.-COORD.): *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Dykinson. Madrid, 2011.

COBO DEL ROSAL, M.; Y SUÁREZ LÓPEZ, J.M.:

- *Código Penal. Con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004*. Ed. Bosch. Barcelona, 2004.

COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES ANTÓN, T.S.:

- *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición corregida aumentada y actualizada. Valencia, 1999.

COLECTIVO UTOPIA CONTAGIOSA.:

- *Manual de Acción Directa Noviolenta*. Ed. Bajo Cero, 1ª edición. Madrid, 2003.

COLLADO CERVERÓ, F.:

- *Abriendo puertas: Okupaciones en Valencia (1988-2006)*. Ed. La Burbuja. Valencia, 2007.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.:

- *Delitos contra el Patrimonio*. Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 1ª Edición. Madrid, 2007.

COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E.:

- *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. Ed. Colex, 13ª edición. Madrid, 2010.

COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., MARCHENA GÓMEZ, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E.:

- *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. Ed. Colex, 15ª edición. Madrid, 2015.

COMAS DE MONTÁÑEZ, M.:

- *Historia de España y de su civilización. Primera parte: Tiempos antiguos y medios. Segunda parte: Tiempos modernos y contemporáneos*. Ed. Ediciones Sócrates, 9ª edición revisada. Barcelona, 1962.

COMENGE, R.:

- *Antología de las Cortes de Cádiz. Tomo I*. Establecimiento tipográfico, hijos de J.A. García. Madrid, 1909. *Antología de las Cortes de Cádiz. Tomo II*. Imprenta de Prudencio Pérez de Velasco. Madrid, 1911.

COMUNIDAD DE SANT'EGIDIO.:

- *Madrid. Dónde: Comer, Dormir, Lavarse*. Ed. Comunidad de Sant'Egidio, 1ª edición, Madrid, 2010.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.:

- *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura. Parte Especial. Temas 27 a 60.* Ed. Colex, 4ª edición. Madrid, 2004.
- << El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal >> en *Revista del Poder Judicial. Número especial VI.- Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas.* CGPJ. Año 1989.
- << Violencia social y seguridad ciudadana >> en *Revista del Poder Judicial. Número especial VIII. Seguridad ciudadana.* CGPJ. Año 1989.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (DIR.), Y DÍAZ MARTÍNEZ, P. (COORD.):

- *Código Penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010. Tomo I.- Arts. 1 al 318 bis. Tomo II.- Arts. 319 al final.* Ed. Bosch, 3ª edición. Barcelona, 2012.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.):

- *Comentarios al Código Penal. Tomo 1.- (Arts. 1 al 108). Tomo 2.- (Arts. 109 al 204). Tomo 3.- (Arts. 205 al 318) Tomo 4.- (Arts. 318 bis al 445 bis). Tomo 5.- (Arts. 446 a Disposición derogatoria).* Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2007.

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA.:

- << La nueva Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (Informe 12/2014) >> en *Informes 2014. Comisión Jurídica. Consejo General de la Abogacía Española.* Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

CORCOY BIDASOLO, M.:

- (DIR.): *Manual práctico de Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados.* Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición ampliada y puesta al día. Valencia, 2004.

BIBLIOGRAFÍA

CORCOY BIDASOLO, M. (DIR.), Y VERA SÁNCHEZ, J.S. (COORD.):

- *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015). Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados. Tomo I.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S.:

- (DIRS.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.), Y VERA SÁNCHEZ, J.S. (COORD.):

- *Comentarios al Código Penal.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

CORDERO DEL CASTILLO, P.:

- << Los “sin techo” en España >> en *Humanismo y Trabajo Social*. Nº 6. Año 2007. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Universidad de León.

CÓRDOBA RODA, J., [ET AL]:

- *Comentario al Código Penal.* Ed. Ariel, 1ª edición. Barcelona, 1972.

CÓRDOBA RODA, J., Y GARCÍA ARÁN M.:

- (DIRS.): *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte especial. Tomo I (Arts. 138 a 340). Tomo II.- (Arts. 341 a 639).* Ed. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, 2004-2011.

CORONAS GONZÁLEZ, S. M.:

- << Introducción. Cuarta parte. Juristas del siglo XVIII (de Montesquieu a Savigny) >> en *Juristas universales. Volumen II. Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasius a Savigny.* Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2004.

COSTA, M^a DEL C.:

- << Okupas. Cultura de contestación >> en *Revista de Estudios de Juventud*, Nº 64 De las tribus urbanas a las culturas juveniles. Marzo, 2004.

CRUZ DE PABLO, J.A.:

- (COORD.): *Comentarios al Código Penal (Parte Especial, artículos 138 a 639). Volumen I-II*. Ed. Grupo Difusión. Madrid, 2008.

CSOA CASAS VIEJAS.:

- *Cuaderno del Okupa*. Sevilla, 2006. Pdf.
<http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es/p/guia-de-okupacion.html>.

CUELLO CALÓN, E.:

- *Código Penal de 8 de septiembre de 1928 con las rectificaciones acordadas por R.O. de 30 de octubre de 1928 y las aclaraciones dispuestas por R.D. Ley de 10 de diciembre del mismo año. (Contiene las concordancias de sus artículos entre sí y con otros Códigos y Leyes españoles, una selección de jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al nuevo texto legal, tablas de correspondencia entre el articulado del Código de 1870 y la nueva Ley y viceversa, y un extenso índice alfabético)*. Ed. Bosch. Barcelona, 1929.
- *El nuevo Código penal español (Exposición y comentario). Libro primero y segundo*. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1929-1930.
- *Código Penal reformado, de 27 de octubre de 1932*. Ed. Bosch, 4ª edición. Barcelona, 1941.
- *Código Penal. Texto refundido de 1944 y Leyes especiales. Anotados y comentados*. Ed. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1946.
- *Derecho Penal. Tomo I (Parte General). Volumen primero*. Ed. Bosch, 18ª edición. Revisado y puesto al día por CESAR CAMARGO HERNÁNDEZ. Barcelona, 1980.
- *Derecho Penal. Tomo II (Parte Especial). Volumen segundo*. Ed. Bosch, 14ª edición. Revisado y puesto al día por CESAR CAMARGO HERNÁNDEZ. Barcelona, 1980.

CUERDA RIEZU, A.:

- << El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot.

Observaciones legales y constitucionales >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VII/2006. Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Año, 2006.

- << El descuento o la compensación como criterio para evitar un bis in idem. ¿Cumplimiento de la Constitución con incumplimiento de la Ley >> en *Un Derecho Penal Comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. MUÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J.M., FERRÉ OLIVÉ, J.C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ PAZ, M.A. (DIRS.); Y NÚÑEZ PAZ, M.A. (EDITOR Y COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

CHINCHILLA MARÍN, C.:

- (COORD.): *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Ed. Thomson Civitas. 1ª edición. Madrid, 2004.

CHINCHILLA RUEDA, R.:

- << El Catastro y el Registro >> en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 392-393, Enero-febrero, 1961.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.:

- << Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995.
- << La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos. (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997) >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 49. Primer trimestre, 1998.
- << Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: una reforma necesaria >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. X/2006. Las últimas reformas penales II. Año, 2006.

DE ALFONSO LASO, D., Y BAUTISTA SAMANIEGO, C.:

- *El Código Penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2011.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.:

- << La protección de la posesión en el derecho español. Tutela interdictal. Cuestiones generales >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 6. Los procesos interdictales. Año 1993.

DE ASSO, Y DE MANUEL.:

- << Discurso Preliminar >> en *Los Códigos españoles anotados y concordados. Tomo primero*. Imprenta de Julián Peña. Antonio de San Martín, editor; 2ª edición. Madrid, 1872.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.:

- *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

DE CÁRDENAS Y ESPEJO, F.:

- *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*. (Reimpresión facsímil del Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España. Madrid, Imprenta de J. Noguera a cargo de M. Martínez. Tomo I, 1873 y Tomo II, 1875). Ed. Analecta. Pamplona, 2002.

DE CASTRO, F.:

- << Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia, El orden público. La protección del consumidor >> en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XXXV. Fascículo IV. Octubre-Diciembre, 1982.

DE CASTRO Y BRAVO, F.:

- *Derecho Civil de España*. Ed. Civitas. (Reedición en un solo volumen de los dos publicados por el Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952, reproducidos facsimilarmente a fin de salvaguardar la completa fidelidad a los textos impresos en vida del autor y por él revisados). Madrid, 1991.

DE ELENA MURILLO, V.:

- << De la usurpación >> en *Código Penal. Tomo II.- Parte Especial. Volumen I (artículos 138 al 262)*. AMADEO GADEA, S. (COORD.). Ed. Factum Libri Ediciones, S.L., 1ª edición. Madrid, 2009.

DE ESTEBAN, J.:

- *Las Constituciones de España*. Ed. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición. Madrid, 2000.

DE ESTEBAN, J., Y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J.:

- *Curso de Derecho Constitucional Español. Volumen II*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 1993.

DE HOYOS SANCHO, M.:

- << La armonización del Estatuto de las víctimas en la Unión Europea >> en *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. MIR PUIG, S., Y CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.) Y GÓMEZ MARTÍN, V. (COORD.). Ed. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2012.

DE PALMA DEL TESO, A.:

- *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996.

DE UREÑA Y SMENJAUD.:

- *La legislación gótico-hispana*. Establecimiento tipográfico de Idamor Moreno. Madrid, 1905.

DE VALDEAVELLANO, L.G. (DIR.), Y PÉREZ-BUSTAMANTE, R. (COORD.):

- *El Fuero de León. Comentarios*. (Reproducción facsímil). Ed. S.A. Hullera Vasco-Leonesa. [s.l.], 1984.

DE VEREDA Y BEAMONTE, J.R.:

- (COORD.): *Derecho Civil I*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

DE VICENTE DE CASTRO, B.:

- *Criminología I. Parte General*. (Inédito).

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.:

- *Vademécum de Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición revisada, actualizada y ampliada. Valencia, 2013; y 4ª edición revisada, ampliada y actualizada con las reformas penales de 2015. Valencia, 2016.

DE VICENTE REMESAL, J.:

- << Voz Usurpación (D.º Penal) >> en *Enciclopedia Jurídica Básica. IV Pro-Zon*. Ed. Civitas, Madrid, 1995.

DE VIZMANOS, T.Mª, Y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.:

- *Comentarios al Código Penal. Tomo I-II*. Imprenta de D. José María Alonso, 2ª edición. Madrid, 1853.

DE LA MATA BARRANCO, N.J.:

- *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación. (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*. Ed. PPU, S.A. (Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.), 1ª edición. Barcelona, 1994.

DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Y VEGAS TORRES, J.:

- *Tomo I.- Derecho Procesal. Introducción. Tomo II.- Derecho Procesal civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Tomo III.- Derecho Procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 3ª edición. Madrid, 2004.
- *Curso de Derecho Procesal Civil I.- Parte General. Curso de Derecho Procesal Civil II.- Parte Especial*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2012.

DE LA PLAZA NAVARRO, M.:

- *Memoria elevada al Gobierno nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1947 por el Fiscal del Tribunal Supremo*. Ed. Instituto editorial Reus. Centro de enseñanza y publicaciones. Madrid, 1947.
- *Memoria elevada al Gobierno nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1953 por el Fiscal del Tribunal Supremo*. Ed. Instituto editorial Reus. Centro de enseñanza y publicaciones. Madrid, 1955.

DE LA REGUERA VALDELOMAR, J.:

- *Extracto de las Leyes del Fuero Viejo de Castilla. Con el primitivo Fuero de León, Asturias, y Galicia. Se añaden el antiguo Fuero de Sepúlveda; y los concedidos por S. Fernando a Córdoba y Sevilla. Formado para facilitar su lectura y la instrucción de sus disposiciones*. Imprenta de la viuda e hijo de Marín. Madrid, 1798.
- *Resumen de la Historia cronológica del Derecho y Leyes de España*. Madrid, 1798.

DE LOS RÍOS Y RÍOS, A.:

- *Noticia histórica de las behetrías, primitivas liberalidades castellanas, con una digresión sobre su posterior y también anticuada forma de fueros vascongados*. Imprenta y Fundición de la Viuda e hijos de J. A. García. Madrid, 1876.

DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I.:

- (COORDS.): *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia). Tomo I.- Artículos 1 al 137. Tomo II.- Artículos 138-639*. Ed. Comares, 3ª edición. Granada, 2002.

DEL PINO RODRÍGUEZ CABRERA, Mª.:

- << El buque como objeto del Registro de Bienes Muebles >> en *Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales. Derecho Mercantil*. Febrero, 2014.

<http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho-Mercantil/200402-125581711042470.html>.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.:

- << El reto de la mediación penal: El principio de oportunidad >> en *Diario La Ley*. Nº 6520, Sección Doctrina, 6 de julio de 2006, Año XXVII. Ed. La Ley.

DEL ROSAL, J.:

- *Derecho Penal (Lecciones)*. Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Volumen 13. 2ª edición corregida y aumentada. Valladolid, 1954.
- *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I*. Madrid, 1968.

DELGADO, A.:

- << Los okupas ponen ahora condiciones >> en *Diario ABC*. Jueves, 8 de diciembre de 2011.

DELGADO AGUADO, J.:

- << El orden público: proceso evolutivo >> en *La noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español*. ARNALDO ALCUBILLA, E., DELGADO AGUADO, J., E IGLESIAS MACHADO, S. Ed. Dykinson, con la colaboración del Gobierno de Canarias. Madrid, 2011.

DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN.:

- << ¿Qué hacer ante los okupas? >> en *SepínNET revista. Arrendamientos Urbanos*. Nº 282. Julio-agosto, 2007. Ed. Sepín.
- << Tratamiento penal del “fenómeno okupa” >> en *SepínNET revista. Práctica penal*. Nº 36. Julio-agosto, 2007. Ed. Sepín.

DIARIO LA LEY:

- << TC cree que el decreto antidesahucios invade competencias >> en *Diario La Ley*. Año XXXVI. Nº 8549. Sección Hoy es Noticia, 28 de Mayo de 2015. Ed. La Ley.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.:

- *Las faltas contra los intereses generales y contra el orden público en el Código Penal español*. Ed. Civitas, 1ª edición. Navarra, 2009.
- (DIR.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Ed. Civitas, 1ª edición. Navarra, 2011.

DÍAZ RIBES, S.:

- << El embargo preventivo de buques y el salvamento en la nueva Ley de Navegación Marítima >> en *Diario La Ley*. Nº 8388, Sección Doctrina, 30 de septiembre de 2014, Año XXXV. Ed. La Ley.

DÍEZ-PICAZO, L.:

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Ed. Thomson-Civitas, 5ª edición. Navarra, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.:

- *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I.- Derechos reales en general*. Ed. Tecnos, 8ª edición. Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.:

- << Especialidades de los procesos declarativos ordinarios >> en *Tomo II.- Derecho Procesal civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. DE LA OLIVA SANTOS, A., Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 3ª edición. Madrid, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.:

- *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.

- << Aspectos generales de la imputabilidad >> en *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ. 110/2006. Actual doctrina de la imputabilidad penal. Año 2006.

DOMINGO, R.:

- (ED.): *Juristas universales. Volumen I.- Juristas antiguos. Volumen II.- Juristas modernos. Volumen III.- Juristas del siglo XIX. Volumen IV.- Juristas del siglo XX*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2004.

DOMINGO, R., Y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B.:

- *Reglas Jurídicas y Aforismos (con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente)*. Ed. Aranzadi. Navarra, Pamplona, 2000.

DOMÍNGUEZ AGUDO, M. I.:

- *Estudio léxico de iura y leges en el Derecho romano vulgar occidental*. E-Prints UCM. Código ID: 5243.

DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ-PINILLA, M., MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A., Y LORENZI FERNÁNDEZ, E.:

- *Okupaciones en movimiento. Derivas, estrategias y prácticas*. Ed. Tierradenadie, Madrid, 2010.

DONNA, E.:

- << El Derecho penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. MUÑOZ CONDE, F. (DIR.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

DONOSTIALDEKO OKUPAZIO BATZARRA, Y LIKINIANO ELKARTEA.:

- *Vivienda: Especulación & okupazioak*. Ed. DDT Banaketak, Bilbao, 2001.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.:

- << Capítulo 9.- Responsabilidad de personas jurídicas >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A.:

- << Artículo 511 >> en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo VII. Vol. 1º. Artículos 467 a 529 del Código Civil*. ALBALADEJO, M., Y DÍAZ ALABART, S. (DIRS.). Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas, 2ª edición. Madrid, 1992.
- << Artículo 528 >> en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo VII. Vol. 1º. Artículos 467 a 529 del Código Civil*. ALBALADEJO, M., Y DÍAZ ALABART, S. (DIRS.). Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas, 2ª edición. Madrid, 1992.

D'ORS, A.:

- << La territorialidad del derecho de los visigodos >> en *Estudios visigóticos I*. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1956.
- *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma. Roma-Madrid, 1960.
- *Una introducción al estudio del Derecho*. Ed. Rialp, 8ª edición. Madrid, 1989.
- *Derecho Privado Romano*. Ed. Eunsa, 10ª edición, revisada. Pamplona, 2004. Primera reimpresión, 2006.

DURÁN, L.F.:

- << El mapa de la mafia okupa en Madrid >> en *El Mundo. Madrid. Vivienda*. 25/02/2016.
<http://www.elmundo.es/madrid/2016/02/24/56ce1e8fe2704e42338b45b2.htm>
l.

EFE. BARCELONA.:

- << El fiscal catalán critica que se castigue a los “okupas” pacíficos >> en *El País*, 14 de febrero de 1998.

EQUIP D'ANÀLISI POLÍTICA UAB I UNIVERSITAT DEL PAÍS BASC.:

- *Xarxes crítiques a Catalunya i Euskadi: antimilitarisme i okupació*. Ed. Fundació Jaume Bofill. Barcelona, 2002.

ESCRIHUELA CHUMILLA, F.J.:

- *Todo Penal*. Ed. La Ley. Wolters Kluwer España, S.A., 2ª edición. Madrid, 2016.

ESCUCHURI AISA, E.:

- *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*. Ed. Comares. Granada, 2004.

ESCUDERO, J.A.:

- *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*. Ed. Impreso en España Solana e Hijos, A.G., S.A.U., 4ª edición revisada. Madrid, 2012.

ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.:

- *El consentimiento en Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

ESPÍN, E.:

- << Lección 3.- El sistema de fuentes en la Constitución (I) >> en *Derecho Constitucional. Volumen I.- El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J. [ET AL.]. Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición. Valencia, 2013.

ESQUINAS VALVERDE, P.:

- << Lección 6.- Delitos de acción. La tipicidad (I) >> en *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (DIR.) Y MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición adaptada

a la reforma del Código Penal aprobada por las leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia, 2015.

FARALDO CABANA, P.:

- << Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010 >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Nº 81, 2011. Editorial La Ley.

FEDERACIÓN DE ENTIDADES DE APOYO A LAS PERSONAS SIN HOGAR:

- *Por la elaboración de una estrategia estatal para la prevención y erradicación del sinhogarismo. Propuestas a los partidos políticos (Elecciones Generales en el Estado español)*. Ed. fePsh (Federación de Entidades de Apoyo a las Personas sin hogar). Agosto de 2011.

FEDERACIÓN SINDICAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-CC.OO.:

- *Delitos contra la libertad sexual, el orden socioeconómico y el Patrimonio*. Ed. Ediciones GPS Madrid, 3ª edición. Madrid, 2000.

FEIXA, C., COSTA, C., Y PALLARÉS, J.:

- (EDS.): *Movimientos juveniles en la Península Ibérica. Graffitis, grifotas, okupas*. Ed. Ariel, 1ª edición. Barcelona, 2002.

FERNÁNDEZ, G.D.:

- *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. Montevideo y Buenos Aires, 2004.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.:

- << Lección 2.- Los bienes patrimoniales >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo V*. CANO CAMPOS, T. (COORD.). Ed. Iustel. Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ ALBOR, A.:

- << La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal Español. Una predicción fallida >> en *Homenaje al Profesor Alfonso Otero*. Estudios jurídicos. Universidad de Santiago de Compostela, 1981.

FERNÁNDEZ ALBOR, A., Y MARTÍNEZ PÉREZ, C.:

- *Delincuencia y Economía*. Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1983.

FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.:

- << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*. Nº 4, año 1997.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.:

- << Ley de Seguridad Privada: una puerta abierta a la privatización >> en *Unir Revista*. <http://revista.unir.net/2013121810268/ley-de-seguridad-privada-%C2%BFel-inicio-de-un-largo-proceso-de-privatizacion>.

FERNÁNDEZ-CUESTA PUERTO, M.:

- << Poética de los espacios imposibles >> en *Ni hablar*. Nº 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., GANZENMÜLLER, C., [ET AL.]:

- *Delitos contra el Orden Público, Terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional*. Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 1998.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M.:

- << Delitos contra el orden público >> en *Delitos contra el Orden Público, Terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional*. FERNÁNDEZ GARCÍA, E., GANZENMÜLLER, C., [ET AL.]. Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 1998.

FERNÁNDEZ GÓMEZ, F. DE P.:

- *Okupació a Catalunya (1984-2009)*. Ed. Anomia. Barcelona, 2010.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.:

- << Supresión de las faltas y creación de los delitos leves >> en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (DIR.); MATALLÍN EVANGELIO, A., Y GÓRRIZ ROYO, E. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

FERNÁNDEZ REQUENA, J.:

- *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad. Análisis del artículo 577 CP*. Ed Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

FERRANDIS TORRES, M.:

- *Historia General de la Cultura. Tomo I (Hasta el siglo XV). Tomo II (Desde el siglo XV)*. Estades, Artes Gráficas S.A., 7ª edición. Madrid, 1967.

FERRER, I.:

- << Holanda prohíbe el movimiento “okupa” >> en *El País*, 15 de octubre de 2009.http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/10/15/actualidad/1255557614_850215.html.

FERRER, M., TEJERA, D. Y ACEDO, J.F.:

- *Historia del Tradicionalismo español. Volumen 1-28*. Ediciones Trajano. Sevilla, 1941-1960.

FERRER SAMA, A.:

- *El error en Derecho Penal*. Ed. Universidad de Murcia. Murcia, 1941.
- *Comentario al Código Penal. Tomo I-IV*. Murcia, 1946-1956 (Sucesores de Nogues).

FILANGIERI, C.:

- *Ciencia de la Legislación (Traducción por Don Juan Rivera)*. Tomo I-VI. Imprenta de D. Fermín Villapando, impresor de Cámara de S.M. Madrid, 1821-1822.

FLÁVIO GOMES, L.:

- *Erro de tipo, erro de proibição e discriminantes putativas*. Ed. JusPodium, 6ª edición. Pituba-Salvador, Brasil, 2015.

FLETCHER, G.P.:

- *En defensa propia*. (Sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Fernando Rodríguez Marín). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

FREIXES SANJUÁN, T., Y REMOTTI CARBONELL, J.C.:

- << La configuración constitucional de la seguridad ciudadana >> en *Revista de Estudios Políticos*. (Nueva Época). Nº 87. Enero-Marzo, 1995.

GACTO FERNÁNDEZ, E; ALEJANDRE GARCÍA, J.A.; Y GARCÍA MARÍN, J.M.:

- *El Derecho histórico de los pueblos de España (Temas y textos para un curso de Historia del Derecho)*. Ed. Agisa, 8ª edición. Madrid, 1994.

GALLEGRO SOLER, J.I.:

- << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. CORCOY BIDASOLO, M., Y MIR PUIG, S. (DIRS.): Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.:

- (DIR.): *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal. Tomos 1-4*. Ed. Bosch. Barcelona, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA ALBERO, R.:

- *“Non bis in idem” material y concurso de leyes penales*. Ed. Cedecs. Barcelona, 1995.

GARCÍA AMIGO, M.:

- *Derecho Civil de España. I.-Parte General*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997.

GARCÍA ARÁN, M.:

- << Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. MUÑOZ CONDE, F. (DIR.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.:

- << Capítulo XVIII.- Las sanciones administrativas >> en *Curso de Derecho Administrativo II*. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ, T.R. Ed. Civitas, 13ª edición. Madrid, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ, T.R.:

- *Curso de Derecho Administrativo I*. Ed. Civitas, 13ª edición. Madrid, 2013.
Curso de Derecho Administrativo II. Ed. Civitas, 16ª edición. Madrid, 2013.

GARCÍA DE LA MADRID, M.:

- *Historia de los tres Derechos, Romano, Canónico y Español, o tablas cronológicas de los Códigos y Colecciones de todos tres, escritas en latín y castellano; y a las cuales se han añadido un extracto del Código de Comercio, y otro de la Ley de Enjuiciamiento para facilitar su estudio*. Imprenta de Don Pedro Sanz. Madrid, 1831.

GARCÍA DEL CORRAL, I. L.:

- *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo I-VI*. (Reimpresión facsímil del Cuerpo de Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del

latino. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia. Barcelona, 1897). Ed. Lex Nova. Valladolid, 2004.

GARCÍA-GALLO, A.:

- *Manual de Historia del Derecho español. Tomo I.- El origen y la evolución del Derecho. Tomo II.- Metodología histórico-jurídica. Antología de Fuentes del Derecho español.* Ed. Agesa, 9ª edición. Madrid, 1982.

GARCÍA GOYENA, F.:

- *Código criminal español según las Leyes y prácticas vigentes. Comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés (2 volúmenes).* Imprenta de R. Calleja. Madrid, 1843.

GARCÍA NAHARRO, F.:

- << Cultura, subcultura, contracultura: Movida y “cambio social” (1975-1985) >> en *Coetánea. III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo.* NAVAJAS ZUBELDÍA, C., E ITURRIAGA BARCO, D. (COORDS.). Ed. Universidad de La Rioja. Logroño, 2012.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.:

- *Asociaciones ilícitas en el Código Penal.* Ed. Bosch. Barcelona, 1977.
- *Estudios penales.* Ed. Bosch. Barcelona, 1984.
- *Problemas actuales de la Criminología.* Ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1984.
- << El proceso de reforma penal español: Particular referencia al Proyecto de Código Penal de 1992 >> en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal.* VV.AA. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. (EDERSA). Madrid, 1993.
- << El redescubrimiento de la víctima: Victimización secundaria y programa de reparación del daño. La denominada “victimización terciaria” (El penado como víctima del sistema legal) >> en *Cuadernos de Derecho Judicial.* CGPJ. Núm. 15, año 1993.

BIBLIOGRAFÍA

- *Introducción al Derecho Penal. Volumen I y II. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal.* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 5ª edición. Madrid, 2012.
- *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos.* Ed. Tirant lo Blanch, 7ª edición, corregida y aumentada. Valencia, 2013.
- *Tratado de Criminología.* Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición actualizada, corregida y aumentada. Valencia, 2014.
- << La victimología y su irrupción en el panorama criminológico >> en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo.* CUADRADO IGLESIAS, M., Y NÚÑEZ BOLUDA, Mª DE LOS D. (DIRS.). BERROCAL LANZAROT, A.I., JIMÉNEZ PARÍS, T.A., Y CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (COORDS.). Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2015.

GARCÍA PÉREZ, J.J.:

- << Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal >> en *Sepin.* Artículo Monográfico. Marzo 2011 SP/DOCT/14572, Sepin.
- << De la Usurpación >> en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones).* SÁNCHEZ MELGAR, J. (COORD.). Ed. Sepín, 3ª edición. Madrid, 2010; y 4ª edición. Madrid, 2016.

GARCÍA PÉREZ, O.:

- *La Punibilidad en el Derecho Penal.* Ed. Aranzadi. Pamplona, 1997.

GARCÍA SALGADO, M.J.:

- *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck.* Ed. Comares. Granada, 2011.

GARCÍA VALDECASAS, G.:

- *La posesión.* Ed. Comares, 2ª edición. Granada, 1987.

GARCÍA VALDÉS, C.:

- *El Proyecto de nuevo Código penal. Dos estudios de Parte especial.* Ed. Tecnos. Madrid, 1992.

- << Introducción al Borrador de Anteproyecto de nuevo Código penal (parte general) >> en *Anuario de la facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá. Nº 2, 1992-1993.
- *Derecho Penal práctico. Parte especial*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999.

GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., Y FIGUEROA NAVARRO, C.:

- *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia)*. Ed. Edisofer. Madrid, 2011; y 2ª edición (según las reformas del Código Penal de 2015). Madrid, 2015.

GARCÍA VALDÉS, C. (DIR.), VALAMAÑA OCHAITA, S., Y TÉLLEZ AGUILERA, A. (COORD.):

- *Diccionario de Ciencias Penales (Criminología, Derecho penal, Derecho penitenciario y Derecho procesal penal)*. Ed. Edisofer S.L., Libros jurídicos. Madrid, 2000.

GAREA, F.:

- << El nuevo Código Penal del PP incluye errores en las penas de 16 delitos >> en *El País*. Madrid 18/06/2015.
http://elpais.com/politica/2015/06/18/actualidad/1434619468_407334.html.

GAZTETXE ETA GAZTE ASANBLADEN KOORDINADORA ETA GAZTESAREA.:

- *Euskal Herriko gaztetxe eta gazte asanbladen gida*. Ed. Zezengorri-Xirika. Guipúzcoa, 2005.

GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R.:

- *Textos jurídicos españoles*. Ed. Gómez. Pamplona, 1954.

GIL GIL, A.:

- << Lección 2.- Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo >> en *Tutela penal de las Administraciones Públicas*. LACRUZ LÓPEZ, J.M., Y MELENDO PARDOS, M. (COORDS.). Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2013.

GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., Y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.:

- *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Dykinson. Madrid, 2011; y 2ª edición. Madrid, 2015.

GIL ROBLES, E.:

- *Tratado de Derecho Político según los Principios de la Filosofía y el Derecho Cristianos I-II*. Ed. Afrodisio Aguado, S.A., Editores-libreros, 3ª edición. Madrid, 1961.

GIMBERNAT ORDEIG, E.:

- *Autor y cómplice en Derecho penal*. Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio. 3ª edición. Madrid, 1966.
- << El sistema del Derecho Penal en la actualidad >> en *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Tecnos, 3ª edición (en esta editorial). Madrid, 1990.
- *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Tecnos, 3ª edición (en esta editorial). Madrid, 1990.
- << Causalidad, omisión e imprudencia >> en *Ensayos penales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1999.
- << A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LXVI, Nº 1. Año, 2013.

GIMBERNAT ORDEIG, E., MESTRE DELGADO, E., ET AL.:

- *Código Penal con concordancias y jurisprudencia*. Ed. Tecnos. Madrid, 2003.

GIMÉNEZ GARCÍA, J.:

- << El delito de hurto. Elementos comunes con el robo >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2004.

GIMENO SENDRA, V.:

- << Los procedimientos penales simplificados (Principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio >> en *Revista del Poder Judicial. Número especial II.- Justicia Penal*. Año 1988. CGPJ.
- << El principio de oportunidad y el M.F. (1) >> en *Diario La Ley*. Nº 8746, Sección Doctrina, 21 de abril de 2016. Ed. La Ley.

GIMENO SENDRA, V., QUERALT, J.J., MARTÍN PALLÍN, J.A., Y MARCHENA GÓMEZ, M. (DIR.), Y MARTÍN ESPINO, J.D. (COORD.):

- *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995. Tomo I. Parte general. Tomo II. Parte especial*. Ed. Colex. Madrid, 1997.

GOMA, R.:

- (COORD.): *Juventut, okupació i polítiques públiques a Catalunya*. Ed. Secretaria General de Juventud, Departamento de la Presidencia, Generalidad de Cataluña. Barcelona, 2003.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.:

- << Delitos contra el patrimonio en el Anteproyecto de Código penal de 1983 >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983.

GÓMEZ-BRAVO PALACIOS, P.:

- *Seguridad Privada. Consultas e informes sobre la normativa vigente*. Ed. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones del Ministerio del Interior, y Dykinson, S.L., 2ª edición. Madrid, 2006.

GÓMEZ COLOMER, J.L.:

- *Constitución y Proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el Código Penal de 1995*. Ed. Tecnos. Madrid, 1996.

GÓMEZ DE MAYA, J.:

- << El Código Penal de Don Carlos VII >> en *Anales de Derecho*, nº 26, 2008. Universidad de Murcia.

GÓMEZ DE LA SERNA, P.:

- *Elementos de Derecho civil y penal de España. Tomo 1*. Librería de Gabriel Sánchez. Establecimiento tipográfico de E. Cuesta; 13ª edición corregida y aumentada por D. Juan Manuel Montalbán. Madrid, 1881.

GÓMEZ IBARGUREN, P.:

- *El fenómeno okupa desde la perspectiva del Derecho Penal*. Ed. Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales. Derecho Penal. Noviembre, 2007. <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200711-548751452755744774444544.html>.
- << El fenómeno “okupa” desde la perspectiva del Derecho Penal. El artículo 245.2 CP y sus límites >> en *Economist&Jurist*. Nº 116. Año XIV. Diciembre 2007-Enero 2008. Grupo difusión.
- *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*. Ed. Bosch. S.A., Barcelona, 2009; y Ed. Bosch on line.

GÓMEZ RIVERO, Mª.C.:

- (COORD.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. Ed. Tecnos. Madrid, 2010.
- (DIR.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I-II*. Ed. Tecnos, 2ª edición adaptada a la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. Madrid, 2015.

GÓMEZ TOMILLO, M.:

- << La distinción ente la infracción administrativa y el delito >> en *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. GÓMEZ TOMILLO, M., Y SANZ RUBIALES, I. Ed. Aranzadi, 2ª edición. Navarra, 2010.
- << La tendencia político criminal a la despenalización >> en *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del*

Derecho Penal Administrativo. GÓMEZ TOMILLO, M., Y SANZ RUBIALES, I. Ed. Aranzadi, 2ª edición. Navarra, 2010.

- (DIR.): *Comentarios al Código Penal*. Ed. Lex Nova, 2ª edición. Valladolid, 2011.
- (DIR.): *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I-VI*. Ed. Ed. Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2015.

GÓMEZ TOMILLO, M., Y SANZ RUBIALES, I.:

- *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. Ed. Aranzadi, 2ª edición. Navarra, 2010.

GONZÁLEZ, R., AGUILERA, T., Y CORTINA, M.:

- << Los impactos de la okupación en las políticas públicas en el estado español: un análisis comparativo de Madrid, Barcelona y Bilbao >> en *Crisis y cambio: Propuestas desde la sociología. XI Congreso español de sociología. Del 10 al 12 de julio de 2013. Universidad Complutense de Madrid. Grupo de Trabajo 20.- Movimientos Sociales, Acción Colectiva y Cambio Social*. ROBLES MORALES, J.M. (COORD.). Ed. Federación española de sociología, 2013

GONZÁLEZ, R., PELÁEZ, LL., Y BLAS, A.:

- << VII.- Okupar, resistir y generar autonomía. Los impactos políticos del movimiento por la okupación >> en *Creadores de Democracia radical. Movimientos sociales y redes de políticas públicas*. IBARRA, P., MARTÍ, S., Y GOMÁ, R. (COORDS.). Ed. Icaria, 1ª edición. Barcelona, 2002.

GONZÁLEZ CERRÓN, R.:

- << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. VI-1999. Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Año 1999.

BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (DIR.); MATALLÍN EVANGELIO, A., Y GÓRRIZ ROYO, E. (COORDS.):

- *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

GONZÁLEZ FRANCO, J.A., Y RAGUÉS I VALLÈS. R.:

- << Ley Orgánica 15/2003, comentarios a la “enésima” reforma del Código Penal >> en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. Nº 80, 2004.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.:

- << Lección 1.- Régimen general del dominio público >> en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo V*. CANO CAMPOS, T. (COORD.). Ed. Iustel. Madrid, 2009.

GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, J.:

- *Historia de la codificación penal española y ligera crítica del Código vigente. Discurso leído y mantenido en la Universidad central el día 2 de julio de 1902 para obtener el grado de Doctor en la Facultad de Derecho*. Imprenta de los hijos de M.G. Hernández. Madrid, 1907.

GONZÁLEZ PASTOR, C.P.:

- << Principales novedades de la reforma del Código Penal de 1995 >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Nº 1, enero de 2004, Año 1, Editorial La Ley.

GONZÁLEZ RUS J.J.:

- *Bien jurídico y Constitución. (Bases para una teoría)*. Ed. Fundación Juan March. Serie Universitaria, 201. Madrid, 1983.
- *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). II.- Delitos contra la propiedad*. Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1992.
- << Lección 17.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2004.

- << Lección 20.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Derecho Penal español. Parte Especial*. COBO DEL ROSAL, M. (COORD.). Ed. Dykinson, S.L., 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid, 2005.
- << Capítulo 19.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (I) >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011.
- << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011.
- << Capítulo 25.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII). Las insolvencias punibles. Alteración de precios en concursos y subastas. Daños. Disposiciones comunes >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011.
- << Secuelas “colaterales” no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal >> en *Diario La Ley*. Nº 8553, Sección Tribuna, 3 de Junio de 2015, Año XXXVI. Ref. D-222. Ed. La Ley.

GRACIA MARTÍN, L.:

- << El "iter criminis" en el Código Penal español de 1995 >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 27. El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal. Año 1996.

GREENPEACE.:

- *No a la Ley Antiprotesta. Análisis de la reforma de la Ley de Seguridad Ciudadana*. Ed. Greenpeace. Madrid. Febrero 2014.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.:

- *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo I*. 2ª edición, corregida y aumentada (establecimiento tipográfico de los hijos de J.A. García). Madrid, 1902.

BIBLIOGRAFÍA

- *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VI.* 2ª edición, corregida y aumentada (establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García). Madrid, 1914.
- *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VII.* 2ª edición, corregida y aumentada (establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García). Madrid, 1914.

GROSSO DE LA HERRÁN, M.G.:

- << El consentimiento >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 18. El consentimiento. Año 1993.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E.:

- << El embargo preventivo de buques en la Ley de Navegación Marítima >> en *Diario La Ley*. Nº 8383, Sección Doctrina, 23 de septiembre de 2014, Año XXXV. Ed. La Ley.

GUÉREZ TRICARICO, P.:

- << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. V.- Consentimiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6ª.- Usurpación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 13ª.- Disposiciones comunes a los delitos patrimoniales >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

GUILLÉN ÁLVAREZ, G.:

- << Estudio y análisis jurídico de la nueva Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana >> en *Diario La Ley*. Año XXXVI. Nº 8633. Sección Doctrina, 27 de Octubre de 2015. Ed. La Ley.

GUINARTE CABADA, G.:

- << Prescripción de los delitos y de las penas >> en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (DIR.); MATA LLÍN EVANGELIO, A., Y GÓRRIZ ROYO, E. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

HASSEMER, W.:

- << Seguridad por intermedio del Derecho penal >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. MUÑOZ CONDE, F. (DIR.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

HASSEMER, W., Y MUÑOZ CONDE, F.:

- *Introducción a la Criminología*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.
- *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

HAVA GARCÍA, E.:

- << Tema XXX.- Usurpación >> en *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

HEFENDEHL, R.:

- (COORD.): *Die Rechtsgutstheorie. (La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina)*. Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.:

- << La proyección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario >>, en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 10, año 2005.
- << Cuestiones sobre la prescripción de los delitos y las penas -al hilo de la reforma operada por la LO 5/2010- >> en *Cuadernos Digitales de Formación*. Nº 31. Problemas prácticos derivados de la reforma del Código Penal. CGPJ. Año 2011.

HERNÁNDEZ GIL, A.:

- *Obras completas. Tomo II.- La posesión como institución jurídica y social*. Ed. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1987.

HERNÁNDEZ MARCOS, M:

- << Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787 >> en *Res publica*. Núm. 22, Floridablanca y su época. Murcia, 2009.

HERRANZ CASTILLO, R.:

- << Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda >> en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 435, BIB 2000\362. Editorial Aranzadi, S.A.

HERRERO HERRERO, C.:

- *Los Delitos Económicos. Perspectiva Jurídica y Criminológica*. Ed. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 1992.
- *Infracciones Penales Patrimoniales*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2000.
- *Criminología (Parte General y Especial)*. Ed. Dykinson, 3ª edición aumentada y actualizada. Madrid, 2007.

HERREROS I SALA, T.:

- << El movimiento okupa a finales del siglo XX >> en *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa*. VV.AA. (Título original: “Okupacio, repressió i

moviments socials”. Traducido por Sonia G., Max). Ed. Traficantes de sueños, 1ª edición en castellano. Barcelona, 2000.

- << Movimiento de las okupaciones y movimientos sociales: Elementos del análisis para el caso de Cataluña >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004.

HINOJOSA NAVEROS, E.:

- *El elemento germánico en el Derecho español*. Imprenta Clásica Española. Madrid, 1915.

HIRSCHBERGER, J.:

- *Historia de la Filosofía. Tomo I.- Antigüedad, Edad Media, Renacimiento. Tomo II.- Edad Moderna, Contemporánea*. (Presentación, Traducción y Síntesis por LUIS MARTÍNEZ GÓMEZ, S.J.). Ed. Herder, 3ª edición. Barcelona, 1968.

HOLTZENDORFF, F.V.:

- *Los fines del Estado. (Estudios de Derecho Público. Parte fundamental de la célebre obra: Principien der politik)*. Imp., de la Biblioteca Jurídica de Autores Contemporáneos. Madrid, 1893.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.:

- *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal)*. PPU, 1ª edición. Barcelona, 1991.

HUERTA TOCILDO, S.:

- *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Ed. Civitas, 1ª edición. Madrid, 1980.
- << Problemática del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. El error. Año 1993.

BIBLIOGRAFÍA

IBARRA, P., MARTÍ, S., Y GOMÁ, R.:

- (COORDS.): *Creadores de Democracia radical. Movimientos sociales y redes de políticas públicas*. Ed. Icaria, 1ª edición. Barcelona, 2002.

IBARRA SÁNCHEZ, J.L.:

- << La ocupación de inmueble no destinado a morada: El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Diario La Ley*, N° 7305, Sección Dossier, 17 Dic. 2009, Año XXX. La Ley.

IGLESIAS, J.:

- *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Ed. Ediciones Sello Editorial, S.L., 18ª edición revisada y actualizada por Juan Iglesias-Redondo. Madrid, 2010.

IGLESIAS-REDONDO, J.:

- *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas*. Ed. Civitas. Madrid, 1986.

IHERING, R.V.:

- *La posesión*. Ed. Reus, 2ª edición. Versión española de ADOLFO POSADA. Madrid, 1926.

IÑESTA PASTOR, E.:

- *El Código Penal español de 1848*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

IRÍBAR, A.:

- << La propiedad siempre gana >> en *El País*. Edición, Madrid, 2 de octubre de 1998.
http://elpais.com/diario/1998/10/02/sociedad/907279205_850215.html

IZU BELLOSO, M.J.:

- << Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978 >> en *Revista Española de Derecho Administrativo*. N° 58. Abril-Junio, 1988.

JAÉN VALLEJO, M.:

- *El concepto de acción en la dogmática penal*. Ed. Colex. Madrid, 1994.
- << Las reformas del Código Penal (2002-2003) >> en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 6, 2004.

JAÉN VALLEJO, M., Y PERRINO PÉREZ, A.L.:

- *La Reforma Penal de 2015 (Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.

JAKOBS, G.:

- *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo). Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, S.A., 2ª edición, corregida. Madrid, 1997.

JARAMILLO GARCÍA, A.:

- *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.- Libros II y III. Artículos 215 al 858*. (imp. de “La Gaceta Regional”) Salamanca, 1929.

JELLINEK, G.:

- *Allgemeine Staatslehre. (Teoría General del Estado. Traducción y prólogo de la segunda edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti. Edición a cuidado de José Luis Monereo Pérez)*. Ed. Comares. Granada, 2000.

JESCHECK, H.H., Y WEIGEND, T.:

- *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (5ª edición renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete). Ed. Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEX, R.:

- << La música que les pre(okupa) >> en *Ni hablar*. Nº 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.:

- *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república*. Ed. Reus, 1ª edición. Madrid, 1934.
- *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.- Concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada*. Ed. Losada, S.A., 2ª edición. Buenos Aires, 1956.
- *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Ed. Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, S.A., 3ª edición. Buenos Aires, 1958.

JIMÉNEZ DÍAZ, Mª.J.:

- *Seguridad Ciudadana y Derecho Penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2006.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A.:

- *Las fuentes supletorias de la Ley y la aplicación de las normas jurídicas*. E-Prints UCM. Código ID: 12734.
- *El Tercero de los Artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Madrid, 2005.
- << La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012 >> en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 735, Monográfico sobre la dación en pago. Año LXXXIX. Enero-febrero 2013.
- << Una introducción al realismo jurídico de Juan Vallet de Goytisolo >> en *Verbo*. Año LII. Nº 521-522. Enero-febrero, 2014.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.:

- (COORD.): *Derecho Mercantil II: IV.- Títulos-valores. V.- Obligaciones y contratos mercantiles. VI.- Derecho concursal mercantil. VII.- Derecho de la navegación*. Ed. Marcial Pons, 14ª edición (1ª en Marcial Pons). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010.

JIMÉNEZ SEGADO, C.:

- << Eliminar las faltas tiene delito (leve) >> en *Diario La Ley*, Nº 8223, Sección Tribuna, 7 de enero de 2014, Año XXXV. Ed. La Ley.

JORGE BARREIRO, A.:

- *El allanamiento de morada*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987.
- << Comentarios al Código Penal. Artículo 202 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VII. Títulos IX, X, XI y XII del Libro II del vigente Código penal español. Artículos 195 a 233*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2003.
- << Comentarios al Código Penal. Artículo 203 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VII. Títulos IX, X, XI y XII del Libro II del vigente Código penal español. Artículos 195 a 233*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2003.
- << Capítulo 27.- Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sección 2ª.- Allanamiento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

JUANES PECES, A.:

- *El nuevo Código Penal en síntesis: Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios*. Ed. Euroius. Madrid, 1997.

JUECES PARA LA DEMOCRACIA.:

- << Observaciones críticas al Proyecto de Código Penal >> en *Materiales de Jueces para la Democracia*. Número 16-17. Año 1992.
- *Acerca de la criminalización de los llamados “Okupas”. Resolución del Congreso de Jueces para la Democracia en Santander, días 7, 8 y 9 de Noviembre*. <http://juecesdemocracia.es/congresos/xicongresos/>

KINDHÄUSER, U.:

- << Los tipos de delito en el Derecho penal económico >> en *La teoría del delito en la práctica penal económica*. SILVA SÁNCHEZ, J.M., Y MIRÓ LINARES, F. (DIRS.). Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, S.A., 1ª edición. Madrid, 2013.

KING, P. D.:

- *Law and Society in the Visigothic Kingdom. (Derecho y sociedad en el reino visigodo.* Versión española de M. Rodríguez Alonso, revisada por Salustiano Moreta). Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1981.

KOCH, J.:

- *Historia de Roma* (Traducción de José Camón Aznar). Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1930.

KOVALESKY, M.:

- *Orígenes y evolución de la familia y de la propiedad.* (Traducción por Antonio Ferrer y Robert). F. Granada y C^a editores. Barcelona, 1913.

KUKUTZA GAZTETXEKO KIDEAK, LUTXO EGIA.:

- *Kukutza Gaztetxea. Ellos por dinero, nosotras por placer.* Ed. Txalaparta, 1^a edición. Tafalla, 2011.

LABOULAYE, E.:

- *Historia del Derecho de propiedad en Europa.* Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica. Madrid, 1845.

LACRUZ BERDEJO, J.L., [ET ALIUS]:

- *Elementos de Derecho civil. III.- Derecho reales. Volumen I.- Posesión y propiedad.* Ed. Dykinson, 3^a edición, revisada y puesta al día por AGUSTÍN LUNA SERRANO. Madrid, 2008.

LACRUZ LÓPEZ, J.M., Y MELENDO PARDOS, M. (COORDS.):

- *Tutela penal de las Administraciones Públicas.* Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2013.

LALINDE ABADÍA, J.:

- *Iniciación histórica al Derecho español.* Ed. EUB, S.L., 6^a edición. Barcelona, 2004.

LAMARCA PÉREZ, C.:

- (COORD.): *Derecho Penal. Parte especial*. Ed. Cóllex, 4ª edición. Madrid 2008.
- (COORD.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal*. Ed. Cóllex, 2ª edición. Madrid 2013.

LANDECHO VELASCO, C.M., Y MOLINA BLÁZQUEZ, C.:

- *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1996.

LARDIZÁBAL Y URIBE, M.:

- *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Imprenta de Joaquín Ibarra. Madrid, 1782.

LARRAURI PIJOAN, E.:

- << Allanamiento de morada y el derecho a la vivienda >> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 23, 1984. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1984.

LASARTE, C.:

- *Principios de Derecho Civil. Tomo IV.- Propiedad y derechos reales de goce*. Ed. Marcial Pons, 10ª edición. Madrid, Barcelona, 2010.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., MENDOZA BUERGO, B., Y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.
(COORD.):

- *Código Penal*. Ed. Civitas. Madrid, 2004.

LASSO GAITE, J.F.:

- *Crónica de la Codificación española. Tomo 5.- Codificación penal. Volumen 1-2*. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificaciones. Madrid, 1987.

LESCH, H. H.:

- << Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 45. Primer trimestre, 1997.

LILIE, H:

- << Sociedad de riesgo y Derecho Penal >> en *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. ROMEO CASABONA, C.M., Y GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. (EDITORES); ARMAZA ARMAZA, E.J. (COORD.). Ed. Comares. Granada, 2010.

LINACERO DE LA FUENTE, M^a.:

- *Derecho Civil I.- Introducción al Derecho Civil. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

LLOBET ANGLÍ, M.:

- << Capítulo 30.- Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 1^a.- Hurto >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

LLOP CUENCA, P.:

- << Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación >> en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*. Doctrina 12/12/2003 TOL349.019 www.tirantonline.com.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.:

- << El delito imprudente en el Código Penal de 1995 >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 40. Octubre-Diciembre. Año 1995.
- << El principio de oportunidad >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 28. Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales. Año 1995.
- *El consentimiento en el Derecho Penal. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*. Nº 7. Ed. Dykinson. Madrid, 1999.

- << Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VIII/2005. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Año 2005.
- *Tratado de Derecho Procesal. Tomo I-II*. Ed. Aranzadi, 5ª edición. Navarra, 2012.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.:

- *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*. Ed. Akal, S.A. Madrid, 1988.

LÓPEZ DÍAZ, C.:

- (TRADUCTORA): *Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*. Universidad Externado de Colombia, 1999.

LÓPEZ FRÍAS, D.:

- << La resaca de la burbuja. Así son las inmobiliarias okupas que cobran por asaltar los pisos vacíos de los bancos >> en *El Español. Reportajes*. 31/10/2015.
http://www.elespanol.com/reportajes/20151030/75492490_0.html

LÓPEZ GARRIDO, D., Y GARCÍA ARÁN, M.:

- *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Ed. Eurojuris. Madrid, 1996.

LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J. [ET AL.]:

- *Derecho Constitucional. Volumen I.- El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Volumen II.- Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición. Valencia, 2013.

BIBLIOGRAFÍA

LÓPEZ MORA, A.:

- << Observaciones al proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 >> en *Anales del Centro Asociado de Albacete*. Número 12. Año, 1992-1993.

LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.:

- *Seguridad Ciudadana y Orden Público*. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid, 1992.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.:

- *La reforma del Código Penal Español, 5 de noviembre de 1932 (separado de la Revista de Derecho Público, número 11, noviembre de 1932)*. Imp. De Galo Sáez. Madrid, 1932.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., Y ÁLVAREZ-VALDÉS, F.:

- *El nuevo Código Penal (notas, jurisprudencia, tablas, referencias, etc.)*. Ed. Revista de Derecho Privado, (Imprenta de Galo Sáez), Madrid, 1933.

LORCA NAVARRETE, J.F., Y LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M^a.I.:

- *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia*. Ed. Pirámide, 4^a edición. Madrid, 2010.

LORENTE VELASCO, S.M^a.:

- *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*. Ed. Dykinson. Madrid, 2011.

LORENZI FERNÁNDEZ, E.:

- “Centro social en movimiento”. *Los talleres de auto-reparación de bicicletas en espacios autogestionados*. <http://madrid.bicicritica.com>

LUCAS FERNÁNDEZ, F.:

- << Artículo 1559 >> en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XX. Vol. 1º-B. Artículos 1554 a 1582 del Código Civil*. ALBALADEJO, M., Y DÍAZ ALABART, S. (DIRS.). Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas, 3^a edición. Madrid, 1997.

LUÑO PEÑA, E.:

- *Derecho Natural*. Ed. La Hormiga de Oro, 3ª edición revisada y ampliada. Barcelona, 1954.

LUZÓN CUESTA, J.Mª.:

- << Libro I. Título I.- De la infracción penal. Artículo 11 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010; y 15ª edición. Madrid, 2015.
- << Libro I. Título I.- De la infracción penal. Artículo 20 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010; y 15ª edición. Madrid, 2015.
- << Libro I. Título I.- De la infracción penal. Artículo 21 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010; y 15ª edición. Madrid, 2015.
- << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 73 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010; y 15ª edición. Madrid, 2015.
- << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 74 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010; y 15ª edición. Madrid, 2015.
- << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 77 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO,

- J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010; y 15ª edición. Madrid, 2015.
- << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 78 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010; y 15ª edición. Madrid, 2015.
 - << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 78 bis >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MARCHENA GÓMEZ, M., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 15ª edición, Madrid, 2015.
 - << Libro I. Título III.- De las penas. Artículo 79 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13ª edición, Madrid, 2010; y 15ª edición. Madrid, 2015.
 - *Compendio de Derecho Penal. Parte especial (Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal)*. Ed. Dykinson, S.L., 18ª edición. Madrid 2011; 19ª edición. Madrid, 2015.

LUZÓN PEÑA, D.M.:

- << Dolo y dolo eventual: reflexiones >> en *Manuales de Formación Continuada*. Núm. 4. Problemas específicos de la aplicación del Código penal. Año 1999.
- *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Ed. B de F, 2ª edición actualizada y ampliada. Montevideo y Buenos Aires, 2002.
- << Error objetivamente invencible, caso fortuito, consentimiento presunto: causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VII/2006. Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal. Año 2006.
- << Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto, como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VIII/2007. Derecho penal del siglo XXI. Año 2007.

- *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición ampliada y revisada (1ª edición como Curso de Derecho Penal, Parte General I, Madrid 1996). Valencia, 2012; y 3ª edición ampliada y revisada. Valencia, 2016.

MACÍÁ GÓMEZ, R., Y ROIG ALTOZANO, M.:

- *Nuevo Código Penal de 1995*. Ed. Cedecs (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales). Barcelona, 1996.

MACÍAS JARA, M., Y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.:

- << Tema 14.- Teoría general de los derechos y libertades >> en *Lecciones de Derecho Constitucional*. ÁLVAREZ VÉLEZ, Mª. I. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición. Valencia, 2014.

MADRID, D., Y MURCIA, J.:

- *Tribus Urbanas. Ritos, símbolos y costumbres*. Ed. Arcopress, 1ª edición. 2008.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.:

- << Libro II, Título XIII, Capítulo V, De la usurpación >> en *Código Penal. (Comentarios y Jurisprudencia)*. Tomo II.- Arts. 138-639. DEL MORAL GARCÍA, A., Y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (COORDS.). Ed. Comares, 3ª edición. Granada, 2002.

MAGRO SERVET, V.:

- << La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres >> en *Diario La Ley*, Nº 6922, Sección Doctrina, 10 de abril de 2008. Año XXIX. Ed. La Ley.
- << La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres >> en *El Consultor Inmobiliario*, Nº 91, Sección Doctrina, Junio 2008. Año XXIX. Ed. La Ley.
- << Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario? >> en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Nº 85, septiembre de 2011, Año 8, Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer.

BIBLIOGRAFÍA

- << Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las comunidades de vecinos. ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u ocupación de viviendas y los enganches ilegales de luz a vecinos? >> en *Diario La Ley*, Nº 8225, Sección Tribuna, 9 de enero de 2014. Año XXXV. Ed. La Ley.
- << El nuevo proceso de aceptación por decreto en la reforma de la LECrim >> en *Diario La Ley*. Nº 8584, Sección Tribuna, 16 de Julio de 2015, Ref. D-287. Ed. La Ley.

MALDONADO CLAVERO, F.:

- << La prescripción de los delitos en España y en el Derecho comparado >> en *Estudios de Derecho Judicial*. Nº 155. Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos. CGPJ. Año 2009.

MANGAS CAMPOS, A.:

- << La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial >> en *Diario La Ley*. Nº 8672. Año XXXVI. Sección Doctrina, 28 de Diciembre de 2015. Ed. La Ley.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.:

- << Oportunidad y conformidad >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Núm. 5. CGPJ. Año 1992.
- << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >> en *Actualidad Penal*, Nº 40, 3-9 de noviembre de 1997, XLIV, 1997-2.
- << Comentarios al Código Penal. Artículo 241 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2005.
- << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2005.
- *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Tomo I.- Parte General (Artículos 1 a 137)*.

Tomo II.- Parte Especial (Artículos 138 a 639). Ed. Comares. Granada, 2010.

- << Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (I). De las garantías, infracciones penales, personas criminalmente responsables y penas >> en *Diario La Ley*. Nº 7989, Sección Doctrina, 21 de diciembre de 2012. Ed. La Ley.
- << Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (II). De la suspensión de la ejecución, de la sustitución de penas y de la libertad condicional >> en *Diario La Ley*. Nº 7991, Sección Doctrina, 27 de diciembre de 2012. Ed. La Ley.
- << Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (III). De las medidas de seguridad >> en *Diario La Ley*. Nº 7999, Sección Doctrina, 11 de enero de 2013. Ed. La Ley.
- << Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (IV). De la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad criminal (artículos 109 a 137) >> en *Diario La Ley*. Nº 8003, Sección Doctrina, 17 de enero de 2013. Ed. La Ley.
- << Nuevo Anteproyecto de Código Penal de 3 de abril de 2013. Novedades de la parte general >> en *Diario La Ley*. Nº 8108, Sección Doctrina, 19 de junio de 2013. Ed. La Ley.
- << Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal >> en *Diario La Ley*. Año XXXV. Nº 8351. Sección Doctrina, 10 de julio de 2014. Ed. La Ley.
- << Algunas consideraciones sobre el régimen sancionador en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana >> en *Diario La Ley*. Año XXXV. Nº 8408. Sección Doctrina, 28 de octubre de 2014. Ed. La Ley.
- << El procedimiento sancionador en el Proyecto de Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (con la disposición adicional quinta) >> en *Diario La Ley*. Año XXXV. Nº 8412. Sección Doctrina, 3 de noviembre de 2014. Ed. La Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Ed. La Ley. Madrid, 2015.

MANZANARES, J.L., Y CREMADES, J.:

- *Comentarios al Código Penal*. Ed. La Ley. Madrid, 1996.

MAPELLI CAFFAREZA, B., Y ASECIO CANTISAN, H.:

- << La ocupación colectiva de la vía pública. (Comentario a la STS de 25 de febrero de 1987) >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Nº 10. Junio 1988.

MARCHENA GÓMEZ, M:

- *Código Penal de 1995. Un año de vigencia en la doctrina del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y Fiscalía General del Estado*. Ed. Comares. Granada, 1997.

MARÍAS, J.:

- *Ortega ante Goethe*. Ed. Taurus. Cuadernos de la Fundación Pastor, 4. Madrid, 1961.

MARRACO ESPINOS, J.M.:

- << El Proyecto de Código Penal de 1994 >> en *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental. Sevilla, abril, 1995. Comunicaciones*. Ed. Cima Medio Ambiente. Valencia, 1996.

MARTÍ MARTÍ, J.:

- << Desahucio por precario contra el movimiento “ocupa” >> en *Diario La Ley*, Nº 6446, Sección Doctrina, 22 de marzo de 2006, año XXVII. Ed. La Ley.
- << Proceso de desahucio frente a los colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley*, Nº 7442, Sección Tribuna, 9 de julio de 2010, año XXXI. Ed. La Ley.
- << Los colectivos “ocupas” y la respuesta del Derecho Penal >> en *Diario La Ley*, Nº 7556, Sección Tribuna, 27 de enero de 2011, año XXXII, Ref. D-33. Ed. La Ley.

- << La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas” >> en *Diario La Ley*, Núm. 7999, Sección Tribuna, 11 de enero de 2013. Ed. La Ley.

MARTÍN DE POZUELO, E., Y TARÍN, S.:

- << Los miedos que se desataron en Sants >> en *Revista del Domingo. La Vanguardia* 6. Domingo 17 de octubre de 1999.

MARTÍNEZ, M.A., Y ÁNGELA GARCÍA, A.:

- *Ocupar las plazas, liberar los edificios*.
http://www.miguelangelmartinez.net/IMG/pdf/articulo_ACME_8000_v1_documento.pdf.

MARTÍNEZ ARRIETA, A.:

- << Epílogo >> en *Nuevo Código Penal al alcance de todos*. SEGOVIA BERNABÉ, J.L.: Ed. Popular, 4ª edición. Madrid, 1996.
- << Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración de la percepción >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. VIII/2005. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Año 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.:

- *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición. Valencia, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Y PUENTE ABA, L.M. (COORD.):

- *Derecho penal económico y de la empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

MARTÍNEZ FRANCISCO, N.:

- *Los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

MARTÍNEZ GARAY, L.:

- << Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25) >> en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (DIR.); MATALLÍN EVANGELIO, A., Y GÓRRIZ ROYO, E. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

MARTÍNEZ GARAY, L. Y FRÍGOLS BRINES, E.:

- << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 2.- Imputabilidad y causas de inimputabilidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.:

- << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.). Ed. Lex Nova, 2ª edición. Valladolid, 2011.

MARTÍNEZ LÓPEZ, M.:

- *Okupa y resiste. Conflictos urbanos y movimiento contracultural*. <http://www.hartza.com/okupas3.htm>.
- << Para entender el poder transversal del movimiento okupa: Autogestión, contracultura y colectivización urbana >> en *VII Congreso español de sociología. Grupo de Trabajo 27: Movimientos Sociales y Acción Colectiva*. Ed. Federación española de sociología. Salamanca, 2001.
- *Okupaciones de viviendas y de Centros Sociales. Autogestión, contracultura y conflictos urbanos*. (Título original: “Laberintos e Laboratorios de Participación Urbana. Planos estratégicos, centros históricos e movimiento de okupación”. Traducido por Miguel y Anaí Martínez López). Ed. Virus, 1ª edición. Barcelona, 2002.
- << Condiciones sociales de vida y autorreflexividad en el movimiento de okupación >> en *Zainak. Cuadernos de Antropología-Etnografía*. Nº 24: Las culturas de la ciudad, 2. Eusko Ikaskuntza- Sociedad de Estudios Vascos, 2003.

- << Viviendas y Centros Sociales en el movimiento de okupación: Entre la autogestión doméstica y la reestructuración urbana >> en *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*. Universidad de Barcelona. Vol. VII. Núm. 146(109), 1 de agosto de 2003.
- << Del urbanismo a la autogestión: Una historia posible del movimiento de okupación en España >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004.
- << El Movimiento de Okupaciones: Contracultura Urbana y Dinámicas Alter-Globalización >> en *Revista de Estudios de Juventud*, Nº 76 Jóvenes, globalización y movimientos altermundistas. Marzo, 2007.

MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A.:

- << Los procesos de institucionalización en el movimiento de okupaciones. Estrategias, discursos y experiencias >> en *Okupaciones en movimiento. Derivas, estrategias y prácticas*. DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ-PINILLA, M., MARTÍNEZ LÓPEZ, M.A., Y LORENZI FERNÁNDEZ, E. Ed. Tierradenadie, Madrid, 2010.
- *Berlín 2011: ¿qué ha quedado de las okupaciones en el movimiento alternativo?* (2011, April). <http://www.miguelangelmartinez.net/?Berlin-2011-Que-ha-quedado-de-las>.
- *Amsterdam: ¿el paraíso perdido de la okupación?* (2011, July 10). <http://www.miguelangelmartinez.net/?Amsterdam-el-paraíso-perdido-de-la>.
- *Okupaciones en París: divisiones internas y regulación estatal*. (2013, March 31). <http://www.miguelangelmartinez.net/?Okupaciones-en-Paris-divisiones>.

MARTÍNEZ MARINA, F.:

- *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. Imprenta de D. Fermín Villalpando. Madrid, 1820.
- *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio. Tomo I y II*. Imprenta de D. E. Aguado, 2ª edición corregida y aumentada por su autor. Madrid, 1834.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.:

- << El parentesco por afinidad: Una laguna del Código Civil >> en *Diario La Ley*. Nº 8390, Sección Doctrina, 2 de octubre de 2014, Año XXXV. Ed. La Ley.

MARTÍN PALLÍN, J.A.:

- (DIR.): *Delitos contra la propiedad. Aspectos problemáticos. Cuadernos de Derecho Judicial*. XV. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995.

MAURACH, R.:

- *Tratado de Derecho Penal. Volumen I-II*. (Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda). Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

MAYER LUX, L.:

- << El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales >> en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Núm. XLII. Primer semestre. Año 2014.

MAZA MARTÍN, J.M.:

- << Algunas consideraciones criminológicas, de interés judicial, sobre la víctima del delito >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 29, año 1994.
- << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo 3.- (Arts. 205 al 318)*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (DIR.), Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.). Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2007.

MENDIZÁBAL Y MARTÍN, L.:

- *Tratado de Derecho Natural. Tomo I.- Teoría Fundamental del Derecho. Tomo II.- El Derecho en la vida. (Sección primera. Derecho privado). Tomo III.- El Derecho en la vida (Sección segunda. Derecho público)*. Imprenta

Clásica Española, 7ª edición enteramente refundida con la colaboración de Alfredo Mendizábal Villalba. Madrid, 1928-1931.

MENÉNDEZ PELÁEZ, J.:

- (COORD.): *José Moñino y Redondo. Conde de Floridablanca (1728-1808). Estudios en el bicentenario de su muerte.* Ed. Fundación Foro Jovellanos del Principado de Asturias. Cuadernos de Investigación. Monografías, VII. Gijón, 2009.

MESTRE DELGADO, E.:

- << Tema 13.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal.* LAMARCA PÉREZ, C. (COORD.). Ed. Colex, 2ª edición. Madrid, 2013.

MEZGER, E.:

- *Tratado de Derecho Penal. Tomo I-II.* Segunda edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Imp. Viuda de Galo Sáez. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946-1949.
- *Derecho Penal. Libro de estudio. Tomo I. Parte General.* (Traducción de la 6ª edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi). Ed. Librería “El Foro”. Argentina, Buenos Aires, 2001.

MINGUIJÓN, S.:

- *Historia del Derecho español.* Ed. Labor, S.A., 3ª edición revisada. Barcelona, 1943.

MIR PUIG, S.:

- << La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho Penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial.* CGPJ. El error. Año 1993.
- *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.* Ed. Ariel, 1ª edición. Barcelona, 1994.
- *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método.* Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. 2ª edición. Montevideo, 2003.

- *Estado, Pena y Delito*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. Montevideo, 2006.
- << Límites del normativismo en Derecho penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 8, año 2007.
- << El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal >> en *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. MIR PUIG, S., Y QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (DIRS.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor, 9ª edición. Barcelona, 2011; y 10ª edición. Barcelona, 2015.

MIR PUIG, S., Y CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.) Y GÓMEZ MARTÍN, V. (COORD.):

- *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Ed. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2012.

MIR PUIG, S., Y QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (DIRS.); FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (COORD.):

- *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

MOLINA FERNÁNDEZ, F.:

- << Capítulo 4.- Definición de delito y falta >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos. I.- Tipicidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. I.- Sistema de causas de justificación >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

- << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. II.- Legítima defensa >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. III.- Estado de necesidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 4.- Causas de justificación. IV.- Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 1.- Estructura y fundamento >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 3.- Dolo, imprudencia y error >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 6.- Culpabilidad. Sección 4.- Exigibilidad y causas de inexigibilidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.), Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 7.- Formas imperfectas de ejecución del delito >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 8.- Autoría y participación delictiva >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

- << Capítulo 10.- Concurso de leyes y de delitos >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 14.- Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito. A.- Punibilidad como presupuesto de la responsabilidad penal >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 14.- Circunstancias que condicionan la punibilidad del delito. C.- Excusas absolutorias >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 15.- Penas. Sección 1.- Clases y efectos >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 20.- Extinción de la responsabilidad penal y sus efectos. Sección 1.- Causas que extinguen la responsabilidad penal >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- << Capítulo 28.- Delitos contra el honor >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.
- (COORD.): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización *Memento Penal*. Lefebvre. El Derecho. <http://online.elderecho.com>.

MOLINA RECIO, R., CEJUDO CÓRDOBA, R., GAVILÁN SÁNCHEZ, J.A., LÓPEZ RUIZ, M^a DE LOS A., MIALDEA BAENA, A.:

- << En los márgenes de la ciudad transitada: el movimiento “Okupa” como disidencia social >> en *Ámbitos. Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades de Córdoba*. Nº 4.- La Ciudad y sus ciudadanos. Año, 2000.

MOMMSEN, T.:

- *El Derecho Penal Romano*. (Traducido del alemán por P. Dorado). Ed. La España Moderna. Establecimiento tipográfico de Idamor Moreno. Madrid, 1902.

MONSALVE ROMÁN, W.:

- *Movimiento okupa: Praxis, redes sociales y formas de acción colectiva*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Sociología. Escuela de postgrado. Santiago-Chile, 2013.
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130699/TESIS%20MAGISTER%20SOCIOLOGIA%20MOVIMIENTO%20OKUPA.%20PRAXIS,%20REDES%20SOCIALES%20Y%20FORMAS%20DE%20ACCI%C3%93N%20COLECTIVA.pdf?sequence=1>.

MONTALVO ABIOL, J.C.:

- << Concepto de Orden Público en las Democracias Contemporáneas >> en *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*. Nº 22, 2010-II.

MONTES RODRÍGUEZ, P.:

- << El Patrimonio >> en *Derecho Civil I*. DE VEREDA Y BEAMONTE, J.R. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

MORA ALARCÓN, J.A.:

- *Suma de Derecho Penal. Parte General y Especial*. Ed. Edisofer. Madrid, 1996.

MORALES ARRIZABALAGA, J.:

- *Ley, Jurisprudencia y Derecho en Hispania romana y visigoda*. Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, 1ª edición. Zaragoza, 1995.

MORENO CATENA, V., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.:

- *Derecho Procesal Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición. Valencia, 2012; y 7ª edición actualizada con la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, de 5 de octubre. Valencia, 2015.

MORENO MOCHOLI, M.:

- *El precario: estudio histórico-crítico, aplicado al Derecho español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes*. Ed. Eunsa, 2ª edición. Navarra, 1976.

MORENO-TORRES HERRERA, M.R.:

- << Lección 11.- La Punibilidad >> en *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (DIR.) Y MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

MORILLAS CUEVA, L.:

- (DIR.): *Estudios sobre el Código Penal Reformado. (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.
- (COORD.): *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Dykinson. Madrid, 2011; y 2ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015. Madrid, 2016.

MUÑOZ CASTILLO, J.:

- *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*. Ed. Colex. Madrid, 2000.

MUÑOZ CONDE, F.:

- << La reforma de los delitos contra el patrimonio >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983.

- *El error en Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989.
- *El delito de alzamiento de bienes*. Ed. Bosch, 2ª edición revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Barcelona, 1999.
- (DIR.): *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 11ª edición. Valencia, 1996; y 18ª edición. Valencia, 2010; y 19ª edición, completamente revisada y puesta al día. Valencia, 2013; y 20ª edición completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F. (DIR.); DEL CARPIO DELGADO, J., Y GALÁN MUÑOZ A. (COORDS.):

- *Análisis de las Reformas Penales. Presente y futuro*. Ed. Tirant lo Blanch. Gobierno de España. Ministerio de economía y Competitividad. Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.:

- *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día. Valencia, 2010; y 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, del 30 de marzo. Valencia, 2015.

MUÑOZ MARÍN, A.:

- << Delito de usurpación >> en *CEF Legal.- Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*. Nº 98, Marzo 2009.

NÁJERA GONZÁLEZ, X.:

- *Importancia de la integración del bien jurídico. La construcción de las normas penales*. Ed. Porrúa, 1ª edición. Méjico, 2007.

NAVAJAS ZUBELDÍA, C., E ITURRIAGA BARCO, D.:

- (COORDS.): *Coetánea. III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo*. Ed. Universidad de La Rioja. Logroño, 2012.

NAVARRETE MORENO, L.:

- *La autopercepción de los jóvenes okupas en España*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Juventud, 1ª edición. Madrid, 1992.

NICOLIELLO, N.:

- *Diccionario del Latín Jurídico. Vocablos, aforismos, reglas, brocardos y sinónimos latinos del lenguaje jurídico, con citas del Derecho positivo relacionadas con ellos, de la Argentina, Brasil, España, Portugal y Uruguay*. Ed. J.M. Bosch Editor y B. de F. Julio Cesar Faira-Editor. Barcelona, Montevideo, Buenos Aires, 1999.

NIETO GARCÍA, A.:

- *Derecho Administrativo Sancionador*. Ed. Tecnos, 5ª edición. Madrid, 2012.

NODO50. CONTRAINFORMACIÓN EN LA RED.:

- << Holanda ilegaliza la okupación >> en <http://info.nodo50.org/El-Estado-identifica-al-okupa-como.html>.
- << Prohibida la okupación en Holanda >> en <http://info.nodo50.org/Prohibida-la-okupacion-en-Holanda.html>.

NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.:

- *El delito de usurpación*. Ed. Imprenta Universitaria-Pabellón de Servicios, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1985.
- *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. Madrian Libro. Cambados, 1999.

NÚÑEZ CASTAÑO, E.:

- << Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. MUÑOZ CONDE, F. (DIR.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

- << Lección XXII.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (Adaptado al EEES)*. GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (COORD.). Ed. Tecnos. Madrid, 2010.
- << Lección IV.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento mediante apoderamiento (III): Otros delitos contra el patrimonio >> en *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*. GÓMEZ RIVERO, M^a.C. (DIR.). Ed. Tecnos, 2^a edición adaptada a la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. Madrid, 2015.

NÚÑEZ DE CEPEDA, H.:

- *1870-Código Penal-1932. Comentarios. Jurisprudencia. Tablas de penas*. (Litografía e imprenta Roel). La Coruña, 1932.

NÚÑEZ PAZ, M.A. (EDITOR Y COORD.). Y MUÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J.M., FERRÉ OLIVÉ, J.C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ PAZ, M.A. (DIRS.):

- *Un Derecho Penal Comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

OBREGÓN GARCÍA, A., Y GÓMEZ LANZ, J.:

- *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de Teoría del Delito*. Ed. Tecnos. Madrid, 2012; 2^a edición. Madrid, 2015.

OBSERVATORIO DE LA JUSTICIA Y DE LOS ABOGADOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID:

- *Cuestiones Generales sobre el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito. Área Procesal Penal*. <http://www.otrosi.net/article/proyecto-de-ley-del-estatuto-de-la-victima-del-delito>.
- *Asistencia Letrada al detenido en delitos leves: Preceptividad de nombrar Letrado a la luz de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Área Procesal Penal*. Madrid, a 9 de octubre de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.:

- *Compendio de Derecho Civil. Tomo III.- Derechos reales e hipotecario*. Ed. Editorial Universitaria Ramón Areces, 7ª edición (1ª en esta editorial). Madrid, 2012.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Y HUERTA TOCILDO, S.:

- *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Ed. Rafael Castellanos, editor. 2ª edición corregida y aumentada. Madrid, 1986.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M., Y CORTÉS BACHIARELLI, E.:

- (COORDS.): *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

OFICINA DE OKUPACIÓN DE BILBAO.:

- *Guía de ocupación para hogares sin techo*. Pdf. <http://www.okupaziobulegoa.org/es/node/3>.

OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID.:

- *Manual de Okupación*. 1ª edición. Madrid, octubre de 2011. Pdf. <http://www.okupatutambien.net>; y 2ª edición, revisada y ampliada. Madrid, mayo de 2014. Pdf. <http://www.okupatutambien.net/wp-content/uploads/2014/05/M2.pdf>.

OKUPAZIO BULEGOA. BILBO. (OFICINA DE OKUPACIÓN. BILBAO):

- *Okupacio Gida. (Guía de Okupación)*. Bilbo. Pdf. <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es/p/guia-de-okupacion.html>.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., Y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (COORDS.):

- *Derecho Civil I.- Parte General y Derecho de la Persona*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

OLIVAS DÍAZ, A.:

- << Castigar la disidencia. El movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico >> en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*. Nº 54, Estudios, Noviembre 2005.

ORTEGA RUBIO, J.:

- *Los visigodos en España*. Imprenta de los hijos de M.G. Hernández. Madrid, 1903.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.:

- (COORD.): *Memento Experto Francis Lefebvre. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2010.

ORTIZ ÚRCULO, J.C.:

- << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico. Artículo 241 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.M^a., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13^a edición, Madrid, 2010; y 15^a edición. Madrid, 2015.
- << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico. Artículo 245 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.M^a., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13^a edición, Madrid, 2010; y 15^a edición. Madrid, 2015.
- << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico. Artículo 268 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.M^a., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13^a edición, Madrid, 2010; y 15^a edición. Madrid, 2015; y 15^a edición. Madrid, 2015.
- << Artículo 624 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.M^a., MOYNA MÉNGUEZ, J., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 13^a edición. Madrid, 2010; y 15^a edición. Madrid, 2015.

ORTS BERENGUER, E.:

- (COORD.): *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. 4ª edición actualizada a la Ley Orgánica 1/2015. Valencia, 2015.

ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:

- *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y Parte Especial)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición. Valencia, 2015.

ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MATA LLÍN EVANGELIO, A., Y ROIG TORRES, M.:

- *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición. Valencia, 2010.

PACHECO, J.F.:

- *El Código penal concordado y comentado. Tomo I*. Imprenta de D. Santiago Saunaque. Madrid, 1848. *Tomo II*. Imprenta de D. Santiago Saunaque. Madrid, 1848. *Tomo III*. Imprenta de D. Santiago Saunaque. Madrid, 1849.
- *Comentario histórico, crítico y jurídico a Las Leyes de Toro*. Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1862.
- *El Código Penal concordado y anotado. Tomo I-III*. Imprenta Manuel Tello, 4ª edición corregida y aumentada. Madrid, 1870.
- *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera*. Ed. Edisofer, S.L., Libros Jurídicos. Madrid, 2000.

PACHECO, J.F., Y DE LA PUENTE APEZECHEA, F.:

- *De la Monarquía Wisigoda y de su código, el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo*. Imprenta de Julián Peña. Antonio de San Martín, editor; 2ª edición. Madrid, 1872.

PADILLA GONZÁLEZ, R.:

- << Capítulo 89.- El Derecho de la navegación: Introducción. Estatuto jurídico del buque y de la aeronave >> en *Derecho Mercantil II: IV.- Títulos- valores. V.- Obligaciones y contratos mercantiles. VI.- Derecho concursal mercantil. VII.- Derecho de la navegación.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (COORD.). Ed. Marcial Pons, 14ª edición (1ª en Marcial Pons). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010.

PALLARÉS, J., COSTA, C., Y FEIXA, C.:

- << Okupas, makineros, skinheads. Ciudadanía y microculturas juveniles en Cataluña >> en *Movimientos juveniles en la Península Ibérica. Graffitis, grifotas, okupas.* Ed. Ariel, 1ª edición. Barcelona, 2002.

PAREJO ALFONSO, L.:

- *Lecciones de Derecho Administrativo.* Ed. Tirant lo Blanch, 6ª edición. Valencia, 2013.
- (DIR.): *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia.* Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición revisada y actualizada. Valencia, 2013.
- << Prólogo >> en *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación.* TEJEDOR BIELSA, J. Ed. La Ley. Madrid, 2012.

PARICIO, J., Y FERNÁNDEZ BARREIRO, A.:

- *Historia del Derecho Romano y su recepción europea.* Ed. El Faro, 6ª edición. Madrid, 2002.

PASTOR MUÑOZ, N.:

- << La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico >> en *La teoría del delito en la práctica penal económica.* SILVA SÁNCHEZ, J.M., Y MIRÓ LINARES, F. (DIRS.). Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, S.A., 1ª edición. Madrid, 2013.

PAVÓN VASCONCELOS, F.:

- *Delitos contra el patrimonio. (Comentarios de Derecho penal)*. Ed. Porrúa, S.A., 7ª edición. México, 1995.

PEMÁN, J.M.:

- *La Historia de España contada con sencillez*. Ed. Homolegens. Madrid, 2012.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.:

- *Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I.- Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*. Ed. Centro de Estudios Registrales, 4ª edición. Madrid, 2001.

PEÑARANDA RAMOS, E.:

- << Capítulo 5.- Hecho antijurídico. Sección 3.- Tipicidad en los delitos omisivos >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

PERALTA, R.:

- *Teoría de Castilla. Para una comprensión nacional de España*. Ed. Actas, 3ª edición. Madrid, 2009.

PÉREZ ÁLVAREZ, F. (DIR.) Y DÍAZ CORTÉS, L.M. (COORD.):

- *Introducción a la Criminología*. Ed. Ratio Legis Ediciones. Colección Estudios Ciencias de la Seguridad, 2ª edición. Salamanca, 2015.

PÉREZ ÁLVAREZ, F. (EDITOR); NÚÑEZ PAZ, M.A., Y GARCÍA ALFARAZ, A.I. (COORDS.):

- *“Universitas Vitae”. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Ed. CISE (Ciencias de la Seguridad de la Universidad de Salamanca) y Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª edición. Salamanca, 2007.

PÉREZ BUSTAMANTE, C.:

- *Compendio de Historia de España*. Ed. Atlas, 11ª edición. Madrid, 1967.

PÉREZ CEPEDA, A.I.:

- << De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal >> en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. MUÑOZ CONDE, F. (DIR.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

PÉREZ DEL VALLE, C.:

- << Inferencia y error >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. El error. Año 1993.

PÉREZ FERRER, F.:

- << Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España >> en *Anales de Derecho*. Nº 30, 2012.

PÉREZ LEDESMA, M.:

- *El Movimiento*
Provo.http://www.iztacala.unam.mx/errancia/v10/PDFS_1/TEXTOS%20LITORALES%209%20ERRANCIA%2010.pdf.

PÉREZ MANZANO, M.:

- << Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (en colaboración con Prof. Dr. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ/Prof. Dra. MERCEDES PÉREZ MANZANO). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª edición. Madrid, 1993.
- << Capítulo XIII.- Las defraudaciones (I). Las Estafas >> en *Compendio de Derecho Penal. (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1998.
- << Capítulo XII.- Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II*. BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2003.

PÉREZ MEDINA, A.:

- << La reforma penal que viene, renovar el enjuiciamiento criminal y endurecer el Código Penal >> en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. Nº 171, 2012.

PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.:

- *Curso de Historia del Derecho español. Introducción, fuentes y materiales institucionales*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 1989.
- *Historia del Derecho Español I-II*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho, 9ª edición revisada. Madrid, 2004.

PÉREZ TREMPs, P.:

- << III.- Derechos y deberes de los ciudadanos. Lección 6ª.- Los derechos fundamentales >> en *Derecho Constitucional. Volumen I.- El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPs, P., Y SATRÚSTEGUI, M. Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición. Valencia, 2013.

PERIS RIERA, J.:

- << Quinta Parte. I.- La consecuencia más esencial del delito: La pena. 2.- La pena: Concepto, funciones, fines, justificación y clases >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011.

PETIT, E.:

- *Tratado elemental de Derecho Romano*. (Traducido de la 9ª edición francesa y aumentado con notas originales, muy amplias por D. José Fernández Rodríguez). Ed. Porrúa, 23ª edición. Méjico, 2007.

PINTÓ RUIZ, J.J.:

- << El fenómeno “Okupa”: defensa del perjudicado. ¿Qué vías procesales tiene el poseedor legítimo para proteger su derecho? >> en *Economist&Jurist*. Nº 108. Año XV. Marzo, 2007. Grupo difusión.

PODEMOS.:

- *Documento final del programa colaborativo*. Pdf. <http://podemos.info/programa/>.

POLAINO NAVARRETE, M.:

- *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1974.
- << El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 72. Cuarto trimestre, 2003.
- *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*. Ed. Tecnos. Madrid, 2004.
- *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo I-II*. Ed. Tecnos. Madrid, 2013; y 2ª edición corregida y actualizada. Madrid, 2016.
- (DIR.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. Ed. Tecnos. Madrid, 2011.
- << Lección 14ª.- Allanamiento de morada, domicilio y establecimiento >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Tomo I. Adaptadas a las Leyes Orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código Penal*. POLAINO NAVARRETE, M. (DIR.). Ed. Tecnos. Madrid 2011.

POLO SABAU, J.R.:

- << Libertad de creencias y Orden Público en la Constitución española: Claves de interpretación >> en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*. Vol. 15. Núm. 2. Año 2012.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H.:

- *Anteproyecto de ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas.*
<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/INFOLEYSEGcIUDADANA.pdf>.

PRUIT, H.:

- << Okupar en Europa >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales.* ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.:

- *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Ed. Atelier Libros Jurídicos, 6ª edición. Barcelona, 2010; y Ed. Tirant lo Blanch, 7ª edición revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo (1ª en esta editorial). Valencia, 2015.

QUINTANAR DÍEZ, M.:

- << Vencibilidad e invencibilidad del error sobre la prohibición (Comentario a la sentencia núm. 860/1993, de 15 de abril de 1993, del Tribunal Supremo) >> en *Cuadernos de Política Criminal.* Nº 54, 1994. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1994.
- << Quinta Parte. I.- La consecuencia más esencial del delito: La pena. 1.- Cuestiones sistemáticas previas >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General.* COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.:

- *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. Tomo II.- Infracciones patrimoniales de apoderamiento.* Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 2ª edición puesta al día por CARLOS GARCÍA VALDÉS. Madrid, 1977.

QUINTERO OLIVARES, G.:

- << El consentimiento en el Derecho Penal español en especial referencia a algunas infracciones >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 18. El consentimiento. Año 1993.
- << La reforma del Código Penal y los problemas alrededor de su entrada en vigor >> en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*. Nº 152, 2010.
- << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal español. Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.). Ed. Aranzadi, 6ª edición. Pamplona, 2011.
- << De la Usurpación >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal español*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.). Ed. Aranzadi, 9ª edición. Pamplona, 2011.
- << Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico >> en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.). Ed. Aranzadi, 9ª edición, Pamplona 2011.
- *Parte General del Derecho Penal (Con la colaboración de Fermín Morales Prats)*. Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 4ª edición. Navarra, 2010; y 5ª edición. Navarra, 2015.
- (DIR.): *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Y MORALES PRATS, F. (COORD.):

- *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. Thomson Reuters, 9ª edición, Navarra 2011.
- *Comentarios al Código Penal español. Tomo I.- (Artículos 1 a 233). Tomo II.- (Artículos 234 a DF. 7ª)*. Ed. Aranzadi, 6ª edición. Pamplona, 2011; y 7ª edición. Pamplona, 2016.

QUINTERO OLIVARES, G., CARBONELL MATEU, J.C., [ET AL.] (DIRS.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PUSCHEL, A. (COORDS.):

- *Esquemas de la Parte Especial del Derecho Penal (I)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

RANDO CASERMEIRO, P.:

- *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

RÍOS, P.:

- << Todos los partidos excepto el PP piden el indulto para un "okupa" condenado a tres años de prisión >> en *El País*. Edición Catalana, 5 de junio de 1998.
http://elpais.com/diario/1998/06/05/catalunya/897008838_850215.html.

RIUS DIEGO, J.F.:

- << La reforma del Código Penal >> en *Ciencia Policial: Revista del Instituto de Estudios de Policía*. Nº 103, noviembre-diciembre, 2010. Ministerio del Interior, Dirección General de Policía.

ROBLEDO VILLAR, A.:

- *Delitos contra el Patrimonio y el Orden socioeconómico. Comentario a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal*. Ed. Bosch, 1ª Edición. Barcelona, 1997.

ROBLES MORALES, J.M.:

- (COORD.): << Grupo de Trabajo 20.- Movimientos Sociales, Acción Colectiva y Cambio Social >> en *Crisis y cambio: Propuestas desde la sociología. XI Congreso español de sociología. Del 10 al 12 de julio de 2013. Universidad Complutense de Madrid*. Ed. Federación española de sociología, 2013.

ROBLES PLANAS, R.:

- << Capítulo XI.- Los delitos contra el patrimonio (I). IV.- Usurpación >> en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.). Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2012.

- << Tema 12.- Delitos contra el patrimonio (III) >> en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.). Ed. Atelier, 3ª edición adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. Barcelona, 2011; y 4ª edición adaptada a la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal. Barcelona, 2015.

ROCA AGAPITO, L.:

- << La evolución legal del Derecho Penal español en los últimos cuatro años >> en *Repertorio de Jurisprudencia*. Nº 33/2000 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2000. BIB 2000\1587.
- << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.:

- *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Dykinson, 18ª edición. Madrid, 1995.
- *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Dykinson, 18ª edición. Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., Y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, .M.:

- << Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas" >> en *Sepin*. Artículo Monográfico. Mayo 2012 SP/DOCT/16710, Sepin.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., Y CONTRERAS ALFARO, L.H.:

- <<Criterios de flexibilización en el ejercicio y sometimiento de la acción penal. (Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal) >> en *Diario La Ley*. Nº6255, Sección Doctrina, 18 de mayo de 2005, Año XXVI. Ed. La Ley.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.:

- << Los nuevos delitos leves: aspectos sustantivos y procesales >> en *Diario La Ley*. Nº 8524, Sección Doctrina, 22 de Abril de 2015, Ref. D-155. Ed. La Ley.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.:

- *Derecho Administrativo Patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Tomo I*. Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2005.

RODRÍGUEZ MESA, Mª.J.:

- *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2005.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.:

- *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*. Ed. Civitas, Madrid, 1976.
- *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Civitas. Madrid, 1978.
- << Capítulo 3.- Principios y garantías. Sección 1.- Principio de legalidad >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.):

- *Comentarios al Código Penal*. Ed. Civitas, 1ª edición. Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.:

- *Secundariedad del Derecho Penal Económico*. Ed. Colex. Biblioteca Jurídica de Bolsillo, Nº 47. Madrid, 2001.
- << Lección XIX.- La Usurpación >> en *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I)*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. Ed. Servicio

de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.:

- *Derecho Penal. Parte Especial II. Omisión del deber de socorro. Delitos contra la intimidad, el honor y las relaciones familiares. Delitos contra el patrimonio (I).* Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (DIR.), Y MARTÍNEZ GUERRA, A. (COORD.):

- *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias.* Ed. La Ley, 4ª edición. Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (DIR.), Y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARÍA, G. (COORD.):

- *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias.* Ed. La Ley, 5ª edición. Madrid, 2015.

RODRÍGUEZ DE CEPEDA, R.:

- *Elementos de Derecho Natural.* Establecimiento Tipográfico Domenech, 8ª edición, corregida y aumentada por Antonio Guillén R. de Cepeda. Valencia, 1921.

RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.:

- << Artículo 245 >> en *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias.* RODRÍGUEZ RAMOS, L. (DIR.), Y MARTÍNEZ GUERRA, A. (COORD.). Ed. La Ley, 4ª edición. Madrid, 2011.
- << Artículo 268 >> en *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes penales especiales y complementarias.* RODRÍGUEZ RAMOS, L. (DIR.), Y MARTÍNEZ GUERRA, A. (COORD.). Ed. La Ley, 4ª edición. Madrid, 2011.

ROIG TORRES, M.:

- *El concurso ideal de delitos.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

ROMEO CASABONA, C.M., Y GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.:

- << Presentación >> en *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. ROMEO CASABONA, C.M., Y GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. (EDITORES); ARMAZA ARMAZA, E.J. (COORD.). Ed. Comares. Granada, 2010.

ROMEO CASABONA, C.M., Y GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F. (EDITORES); ARMAZA ARMAZA, E.J. (COORD.):

- *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*. Ed. Comares. Granada, 2010.

ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., Y BALDOVA PASAMAR, M.A.:

- (COORDS.): *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*. Ed. Comares. Granada, 2016.

ROPERO CARRASCO, J.:

- << Capítulo 21.- Delitos contra las personas. Sección 4.- Delitos de aborto >> en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011*. MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011; y última actualización en <http://online.elderecho.com>.

ROXIN, C.:

- *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. (Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal). Ed. Civitas. Navarra, 1997. Reimpresión, 2006.

RUBÍN DE CEBALLOS, A.:

- *Índice último de los libros prohibidos y mandados expurgar: para todos los Reynos y Señoríos del Católico Rey de las Españas, el Señor Don Carlos IV. Contiene en resumen todos los libros puestos en el Índice Expurgatorio del año 1747, y en los Edictos posteriores, asta fin de Diciembre de 1789. Formado y arreglado con toda claridad y diligencia, por mandato del*

Excmo. Sr. D. Agustín Rubín de Cevallos, Inquisidor General, y Señores del Supremo Consejo de la Santa General Inquisición: impreso de su orden, con arreglo al Exemplar visto y aprobado por dicho Supremo Consejo. Imprenta de Don Antonio de Sancha. Madrid, 1790.

RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, M.P.:

- << La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*. Nº 29, Julio-Diciembre, 2009.

RUIZ ANTÓN, L.F.:

- << El fundamento material de la pena en la participación >> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 11, 1980. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1980.

RUIZ BLAY, G.:

- << La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado >> en *Diario La Ley*, Nº 8429, Sección Dossier, 26 de noviembre de 2014, Año XXXV. Ed. La Ley.

RUIZ DE ELVIRA, A.:

- *Mitología clásica*. Ed. Gredos, 2ª edición corregida, marzo de 1982; 2ª reimpresión, mayo de 1988. Madrid, 1988.

RUIZ LÓPEZ, M.A.:

- << El entrecruzamiento entre propiedad pública y propiedad privada: el desahucio administrativo y el desahucio civil instado judicialmente por la Administración >> en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*. CUADRADO IGLESIAS, M., Y NÚÑEZ BOLUDA, Mª DE LOS D. (DIRS.). BERROCAL LANZAROT, A.I., JIMÉNEZ PARÍS, T.A., CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (COORDS.). Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2015.

BIBLIOGRAFÍA

RUIZ VADILLO, E.:

- *Contribución al estudio de la reforma del Código Penal. (Tesis dirigida por el Catedrático Dr. D. José M^a Rodríguez Devesa)*. Bilbao. Abril, 1961.
- << La dosimetría penal en el Código español >> en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXX, fascículo 2, mayo-agosto 1977.

SAAVEDRA RUÍZ, J. (DIR.) Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (COORD.):

- *Código Penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Ed. El Derecho, 2^a edición. Madrid, 2011.

SACRISTÁN, F., Y SANZ, J.R. (GRABACIÓN Y TRANSCRIPCIÓN):

- << Corro porque me pegas >> en *Ni hablar*. Nº 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997.

SÁDABA RODRÍGUEZ, I., Y ROIG DOMÍNGUEZ, G.:

- << El movimiento de okupación ante las nuevas tecnologías: okupas en las redes >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004.

SAINZ DE ROBLES, C.:

- << El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto >> en *Estudios de Derecho Penal y Criminología: En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa. Volumen II*. Ed. Uned. Madrid, 1989.

SALOM ESCRIVA, J.S.:

- << Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales >> en *Revista General de Derecho*. Año XLII. Nº 496-497. Enero-Febrero 1986. Valencia.

SÁNCHEZ, G.:

- *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*. Ed. Miñón, 10^a edición revisada por José Antonio Rubio. Valladolid, 1982.

SÁNCHEZ CALERO, F.J., Y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.:

- *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición. Valencia, 2014.

SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.:

- *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 36ª edición (9ª en Aranzadi). Navarra, 2013.

SÁNCHEZ CASAS, C.:

- << Centralidad urbana y okupación >> en *Ni hablar*. Nº 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.:

- *Sociología del Derecho*. Ed. Tecnos, 2ª edición. Madrid, 1987.
- *El Derecho en la aventura europea de la libertad*. Ed. Reus, S.A., Madrid, 1987.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á., Y ALONSO OLEA, M.:

- *La tiranía en la Gracia antigua. Discurso leído el día 19 de diciembre de 1994 en el acto de su recepción como Académico de número, por el Excmo. Sr. D. Ángel Sánchez de la Torre. Y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Alonso Olea*. Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1994.

SÁNCHEZ DOMINGO, B.:

- << Tercera Parte. El delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011.
- << Cuarta Parte. Formas de aparición de la ejecución del delito >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011. << Cuarta Parte. Concurso de delitos >> en *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.-COORD.). Ed. Dykinson. Madrid, 2011.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. D. DEL M.:

- *La Codificación penal en España: Los Códigos de 1848 y 1850*. Ed. Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid, 2004.

SÁNCHEZ LERÍA, R.:

- << El patrimonio y los elementos patrimoniales >> en *Derecho Civil I.- Parte General y Derecho de la Persona*. OLIVA BLÁZQUEZ, F., Y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

SÁNCHEZ MANZANO, J.J.:

- *Seguridad Privada. Apuntes y Reflexiones*. Ed. Dilex, S.L. Madrid, 2001.

SÁNCHEZ MELGAR, J.A.:

- << La prescripción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El nuevo marco de la prescripción delictiva >> en *Cuadernos Digitales de Formación*. Nº 32. Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con jueces y magistrados del orden penal: jurisprudencia penal (2011). CGPJ. Año 2011.
- (COORD.): *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Tomo I.- (Arts. 1 a 244). Tomo II.- (Arts. 245 a 639 y Disposiciones)*. Ed. Sepín, 3ª edición. Madrid, 2010; y 4ª edición. Madrid, 2016.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.:

- *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*. Ed. Bosch, 1ª edición. Barcelona, 2005.

SANCHO GARGALLO, I.:

- << Legalidad, oportunidad y transacción en el procedimiento abreviado >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Nº 5. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. Año 1995.

SANCHO IZQUIERDO, M.:

- *Tratado Elemental de Filosofía del Derecho y Principios de Derecho Natural*. Ed. Librería General, 2ª edición. Zaragoza, 1944.

SAN MARTÍN LOSADA, L.:

- *El Código Penal de 1928 su estudio y comparación con el de 1870.* (Imprenta Clásica Española). Madrid, 1928.

SANTA CECILIA GARCÍA, F.:

- << Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, sobre actualización del Código español >> en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Año 15, Núm. 57/58, Enero-junio 1992. Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- << La responsabilidad civil “ex delicto” en el Proyecto de Código Penal de 1992 >> en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. VV.AA. Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. (EDERSA). Madrid, 1993.
- *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)* Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 2003.
- << Daños patrimoniales imprudentes en el Código penal de 1995 >> en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M., Y CORTÉS BACHIARELLI, E. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- << Recensión a JOSÉ MARÍA SUÁREZ COLLÍA (Profesor de Filosofía del Derecho. Universidad Complutense de Madrid y Director del Departamento de Filosofía del Derecho de la UCM), *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*. Ed. Ramón Areces, 2ª edición. Madrid, 2005 >> en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Nueva Época. Nº 3. Año 2006. Ed. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.
- << Lección 1.- Concepto de Criminología >> en *Introducción a la Criminología*. PÉREZ ÁLVAREZ, F. (DIR.) Y DÍAZ CORTÉS, L.M. (COORD.). Ed. Ratio Legis Ediciones. Colección Estudios Ciencias de la Seguridad, 2ª edición. Salamanca, 2015.
- << Lección 7.- Funciones de la Criminología >> en *Introducción a la Criminología*. PÉREZ ÁLVAREZ, F. (DIR.) Y DÍAZ CORTÉS, L.M. (COORD.). Ed. Ratio Legis Ediciones. Colección Estudios Ciencias de la Seguridad, 2ª edición. Salamanca, 2015.

SANTALUCIA, B.:

- *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*. (Derecho Penal Romano. Traducción de Javier Paricio y Carmen Velasco). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V.:

- *Curso de Derecho Político según la Filosofía Política Moderna, la Historia General de España y la Legislación Vigente*. Imp., de Ricardo Fé, 8ª edición. Madrid, 1909.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.:

- (DIR.): *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 1ª edición. Madrid, 2010.

SANZ MORÁN, A.J.:

- << El concurso de delitos en la reforma penal >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995.
- << Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995 >> en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío Sanz. Tomo I*. CEREZO MIR, J. (COORD.). Ed. Comares. Granada, 1999.
- *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- << Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal >> en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; Y MARTÍNEZ GUERRA, A. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

SANZ Y CONSTANZO, A.F.:

- *Glosa expedita, o Índice general de la Nueva Recopilación, en la que se demuestran por el orden y método de la glosa puesta en las ediciones de 1745, 1772, y 1775, las leyes, y autos-acordados con sus respectivas*

remisiones, que hasta el presente tiempo se han recopilado, y conducen a la perfecta, y cierta inteligencia de la Sanción en que se citan: Con una noticia puntual de los Reportorios y Concordancias de nuestro Derecho, que de tres siglos a esta parte han salido a luz pública, sobre lo qual se hacen varias reflexiones crítico-legales en una Adición al Prólogo. Joachim Ibarra, Impresor de Cámara de S. M. Madrid, 1779.

SAVIGNY, F. K. V.:

- *Tratado de la posesión, según los Principios del Derecho romano.* Ed. Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica. Madrid, 1845.

SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID:

- *Informe sobre la reforma de la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada.*
http://web.icam.es/actualidad/noticia/799/La_Sección_de_Derechos_Humanos_elabora_un_informe_jurídico_sobre_la_reforma_de_la_Ley_de_Seguridad_Privada.

SECCIÓN JURISPRUDENCIA DEL DIARIO LA LEY:

- << Absueltos por desobediencia varios cargos públicos que lideraron la ocupación de una finca militar para reivindicar el problema del paro en la zona (TS, 2ª, S 12 Nov. 2014. Rec. 2374/2013) >> en *Diario La Ley*. Nº 8466, Sección Jurisprudencia, 26 de Enero de 2015, Año XXXVI. Ed. La Ley.

SEGOVIA BERNABÉ, J.L.:

- *Nuevo Código Penal al alcance de todos.* Ed. Popular, 4ª edición. Madrid, 1996.

SEGURA GARCÍA, Mª. J.:

- *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal. Naturaleza y eficacia.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

SEMPERE Y GUARINOS, J.:

- *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reynado de Carlos III. Tomo 1-6.* Imprenta real. Madrid, 1785-1789.
- *Historia de los vínculos y mayorazgos.* Imprenta de Sancha, Madrid, 1805.
- *Historia del Derecho español. Tomo I.* Imprenta nacional. Madrid, 1822.
- *Historia del Derecho español. Tomo II.* Imprenta real. Madrid, 1823.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I.:

- *Los Delitos de Daños.* Ed. Aranzadi. Pamplona, 1994.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., FONTÁN M., RODRÍGUEZ GARCÍA, J.L.:

- (COORDS.): *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y directivos. Manual teórico práctico. Volumen 1-5.* Ed. Recoletos. Madrid, 1996.

SERRANO GÓMEZ, A.:

- << El proyecto de Código penal de 1994 y las previsiones del artículo 88 de la Constitución >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Núm., 4. Madrid, 1994.
- *Derecho Penal. Parte Especial. II (1) Delitos contra el Patrimonio.* Ed. Dykinson. Madrid, 1996.
- << Notas al Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de octubre de 2012 >> en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 15, 2013.
- << El Proyecto de Ley de reforma del Código Penal y legislación líquida >> en *Diario La Ley*. Nº 8204, Sección Doctrina, 3 de diciembre de 2013. Ed. La Ley.

SERRANO GÓMEZ, A., Y SERRANO MAÍLLO, A.:

- *Derecho Penal. Parte Especial.* Ed. Dykinson, 16ª edición. Madrid, 2011.

SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.:

- *Curso de Derecho Penal. Parte especial* Ed. Dykinson. Madrid, 2012; y 2ª edición. Madrid, 2015.

SERRANO MAÍLLO, A.:

- *Introducción a la Criminología*. Ed. Dykinson, 6ª edición. Madrid, 2009.

SERRANO PIEDECASAS, J.R.:

- << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. TASENDE CALVO, J.J. (DIR.). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2004.

SERRANO PIEDECASAS, J.R., Y DEMETRIO CRESPO, E.:

- (DIRS.): *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Ed. Colex. Madrid, 2008.

SERRANO TÁRRAGA, M^a. D.:

- *El rol de la Criminología para la Seguridad en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.

SERRANO VILLAFANE, E.:

- *Filosofía del Derecho-Derecho Natural. Concepciones Iusnaturalistas Actuales*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2ª edición. Madrid, 1977.

SERRATO, F.:

- << Bandas violentas okupan 200 pisos de fondos y del IVIMA en Vallecas >> en *El País*. Madrid 27/12/2015.
http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/12/26/madrid/1451150471_769327.html.

SICILIA URBÁN, M.A.:

- << Catálogo de “tribus urbanas” >> en *Cuadernos de Realidades Sociales*. Nº 45-46. Las Tribus urbanas en España. Enero, 1995. Ed. Instituto de Sociología Aplicada de Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.:

- << Hermanos, pero no "primos". Los delitos patrimoniales y el alcance de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. Una crítica a la doctrina del Tribunal Supremo >> en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Tomo de Jurisprudencia. Nº 4. Año 2001.
- *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. 2^a reimpresión de la 2^a edición. Montevideo, 2008.
- *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. 2^a edición actualizada y ampliada. Montevideo, 2010.
- << La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto >> en *Diario La Ley*. Nº 7464, Sección Doctrina, 9 de septiembre de 2010, Año XXXI. Ed. La Ley.
- << Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial >> en *La teoría del delito en la práctica penal económica*. SILVA SÁNCHEZ, J.M., Y MIRÓ LINARES, F. (DIRS.). Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, S.A., 1^a edición. Madrid, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., Y MIRÓ LINARES, F.

- (DIRS.): *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, S.A., 1^a edición. Madrid, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y PASTOR MUÑOZ, N. (COORD.):

- *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Ed. La Ley, 1^a edición. Madrid, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), Y RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.):

- *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Ed. Atelier, 3^a edición adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. Barcelona, 2011; 4^a edición adaptada a la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal. Barcelona, 2015.

SILVELA, L.:

- *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Parte primera y Parte segunda*. 2ª edición notablemente aumentada con todas las disposiciones legales publicadas hasta el día, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo corregida por el autor y por D. Eugenio Silvela. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1903.

SOTO NIETO, F.:

- << Penal. Jurisprudencia de la Sala Segunda de lo Penal. Selección, análisis y comentario a cargo de Francisco Soto Nieto >> en *Revista del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 51. Tercer trimestre, 1998.

STANIEWICZ, M.:

- << El movimiento okupa como un actor político, social y cultural en una ciudad postcomunista El caso del centro social-casa okupa rozbrat en Poznan, Polonia >> en *Revista de Estudios de Juventud*, Nº 95 Juventud protagonista: capacidades y límites de transformación social. Diciembre, 2011.

STEUDING H.:

- *Mitología Griega y Romana*. (Traducción de J. Camón Aznar). Ed. Labor, S.A., 7ª edición. Barcelona, 1961.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.:

- << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo I.- De los hurtos >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.). Ed. Civitas. Madrid, 1997.
- << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo II.- De los robos >> en *Comentarios al Código Penal*. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.). Ed. Civitas. Madrid, 1997.
- << Libro II.- Título XIII.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Capítulo V.- De la Usurpación >> en *Comentarios al*

Código Penal. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: (DIR.) Y JORGE BARREIRO, A. (COORD.). Ed. Civitas. Madrid, 1997.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.:

- (COORD.): *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*). Ed. Civitas-Thomson Reuters, 6ª edición. Navarra, 2011.
- << Tema 34.- Delitos contra el patrimonio. VI.- Usurpación >> en *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*). SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (COORD.). Ed. Civitas-Thomson Reuters, 6ª edición. Navarra, 2011.

SUÁREZ MONTES, R.F.:

- << El delito de allanamiento de morada >> en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año CXVII. Diciembre 1968. Núm., 6. Segunda época. Tomo LVII (225 de la colección). Ed. Reus S.A.
- *El delito de allanamiento de morada. Separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1968.

TARLEA JIMÉNEZ, R.:

- << Tema 2.- Los actos administrativos >> en *Derecho Administrativo II*. ALONSO TIMÓN, A.J., ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., BARRIO ANDRÉS, M., [ET AL.]. Ed. Dykinson, 2ª edición. Madrid, 2013.

TASENDE CALVO, J.J.:

- (DIR.): *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2004.

TEJEDOR BIELSA, J.:

- *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación*. Ed. La Ley. Madrid, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.

- (COORD.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal. Parte especial. Volumen 1 y 2*. Ed. Iustel, 1ª edición. Madrid, 2011; y 2ª edición, Madrid, 2016.

TOLEDO, M.:

- << Proliferan las mafias que ocupan pisos desahuciados en Madrid y los alquilan para hacer negocio >> en *www.20minutos.es. Tu ciudad. Madrid. 11/12/2012*. <http://www.20minutos.es/noticia/1668501/0/pisos-desahucio/alquiler-vivienda/negociomafias/#xtor=AD-15&xts=467263>.

TOMÁS Y VALIENTE, F.:

- *Manual de Historia del Derecho español*. Ed. Tecnos, 4ª edición, 1983; 9ª reimpresión. Madrid, 2001.

TORO PEÑA, J.A.:

- << Principio de oportunidad reglado >> en *Diario La Ley*. Nº 8614, Sección Tribuna, 28 de Septiembre de 2015. Ref. D-352. Ed. La Ley.

TORRES-DULCE LIFANTE, E.:

- << El concurso ideal de delitos: Una aproximación doctrinal y jurisprudencial >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 2. Unidad y pluralidad de delitos. Año, 1995.
- << Libro I. Título V.- De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales. Artículo 118 >> en *Código Penal. Concordancias, Comentarios y Jurisprudencia*. COLMENERO MÉNDEZ DE LUARCA, M., LUZÓN CUESTA, J.Mª., MARCHENA GÓMEZ, M., ORTIZ ÚRCULO, J.C., Y TORRES-DULCE LIFANTE, E. Ed. Colex. 15ª edición, Madrid, 2015.

TORRES FERNÁNDEZ, Mª.E.:

- *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español*. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2001.

BIBLIOGRAFÍA

URDANOF, T.:

- << Apéndice II.- El bien común según Santo Tomás >> en *Suma Teológica*. Tomo VIII. 2-2 q.47-79. Ed. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1961.

URIS, P.:

- << Pantallas por okupar >> en *Ni hablar*. Nº 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997.

VALEDOR DO POBO DE GALICIA.:

- *Las personas sin hogar en Galicia*. Septiembre, 2010.

VALLET DE GOYTISOLO, J.:

- *Panorama del Derecho Civil*. Ed. Bosch, 2ª edición corregida. Barcelona, 1973.
- *Estudios sobre Derecho de Cosas. I.- Temas generales*. Ed. Montecorvo, S.A., 2ª edición ampliada. Madrid, 1985. *Estudios sobre Derecho de Cosas. II.- La reivindicación mobiliaria*. Ed. Montecorvo, S.A., 2ª edición ampliada. Madrid, 1986.

VALMAÑA OCHAITA, S.:

- << Coautoría y delitos cometidos en grupo >> en *Cuadernos Digitales de Formación*. CGPJ. Nº 16. Encuentro de jueces de menores (2014). Año 2014.

VÁZQUEZ ASENJO, O.G.:

- *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.:

- << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. Ed. Dykinson. Madrid, 2012; y 2ª edición. Madrid, 2015.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.:

- *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio.* Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2010.
- *Código Penal comentado (Actualizado por las LO 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo).* Ed. Atalier. Barcelona, 2015.

VELASCO NÚÑEZ, E.:

- << Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales >> en *Diario La Ley*, Nº 7883, Sección Tribuna, 19 de junio de 2012, Año XXXIII, Ed. La Ley.

VENTURA PÜSCHEL, A.:

- << Introducción a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

VICENTE MARTÍNEZ, R.:

- << De la Usurpación >> en *Comentarios al Código Penal*. ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.Mª. (DIRS.); NIETO MARTÍN, A., Y PÉREZ CEPEDA, A.I. (COORDS.). Ed. Iustel, 1ª edición. Madrid, 2007.

VICENTE Y CARAVANTES, J.:

- *Código Penal reformado, comentado novísimamente precedido de una breve reseña histórica del Derecho penal de España y seguido de tablas sinópticas en que por medio de una combinación nueva y en extremo sencilla, clara y compendiosa, se exponen todas las diversas aplicaciones de penas en los diferentes casos que ofrece cada delito.* Librería de D. Ángel Calleja, editor. Imprenta de D. Alejandro Gómez Fuentenebro. Madrid y Santiago, 1851.

VIDAL, S.:

- << La okupación de inmuebles: ¿un derecho o un delito? >> en *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa*. VV.AA. (Título original: “Okupacio, repressió i moviments socials”. Traducido por Sonia G., Max). Ed. Traficantes de sueños, 1ª edición en castellano. Barcelona, 2000.

VIDALES RODRÍGUEZ, C.:

- << Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los patrimoniales >> en *Estudios Penales y Criminológicos*. Nº XXI, año 1998.

VILADÁS GENÉ, C.:

- << Propuesta de Anteproyecto de Código penal y delincuencia económica >> en *Documentación Jurídica*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Gabinete de Documentación y Publicaciones. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal. Volumen 2. Enero/Diciembre, 1983. 37/40.
- << Propuesta de Anteproyecto de Código penal y delincuencia económica >> en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Monográfico, 6. Madrid, 1983.

VILLANOVA Y PIERA, J.:

- *Conferencias dadas en Santander. Estudio Preliminar de Orestes Cendrero Uceda*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria. Santander, 1997.

VILLASANTE, T.R.:

- << Pan-topías para okupas >> en *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales*. ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.). Ed. Catarata. Madrid, 2004.

VIVES ANTÓN, T.S.:

- (COORD.): *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I.- (Arts. 1 a 233) y Volumen II.- (Arts. 234 a Disposiciones Finales)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

VIVES ANTÓN, T.S., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:

- << Título XIII. Capítulo V >> en *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II.- (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. VIVES ANTÓN, T.S. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.
- << Lección XVIII.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general >> en *Derecho Penal. Parte Especial. Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010*. VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., [ET AL.]. Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición. Valencia, 2010.

VIVES ANTÓN, T.S., Y MANZANARES SAMANIEGO, J.L.:

- (DIRS.): << Estudios sobre el Código Penal de 1995. Volumen I.- Parte General. Volumen II.- Parte Especial >> en *Estudios de Derecho Judicial*. Nº 2. Ed. CGPJ. Madrid, 1996.

VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.:

- *Derecho Penal. Parte Especial. Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010*. Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición. Valencia, 2010.

VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA, ARNAU, Mª.L., BORJA JIMÉNEZ, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (COORD.):

- *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición, actualizada a la Ley Orgánica 1/2015. Valencia, 2015.

VOETEN, T.:

- <<Los provos holandeses >> en *High Times*. Enero 1990. Traducido por Translate The Revolt. <http://info.nodo50.org/Los-provos-holandeses.html>.

VON LISZT, F.:

- *Tratado de Derecho Penal. Tomo segundo.* Traducido de la 20ª edición alemana por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionado con el Derecho penal español por QUINTILIANO SALDAÑA. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1927.

VV.AA.:

- *Estudios de Derecho Penal y Criminología: En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa. Volumen I-II.* Ed. Uned. Madrid, 1989.
- *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal.* Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. (EDERSA). Madrid, 1993.
- *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo.* CUADRADO IGLESIAS, M., Y NÚÑEZ BOLUDA, Mª DE LOS D. (DIRS.). BERROCAL LANZAROT, A.I., JIMÉNEZ PARÍS, T.A., CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (COORDS.). Ed. La Ley, 1ª edición. Madrid, 2015.
- *Colectividades y okupación rural. II Jornadas Anticapitalistas. En la Universidad Autónoma de Madrid. Del 4 al 8 de marzo del 96.* Ed. Traficantes de sueños. Madrid, 1999.
- *Okupación, represión y movimientos sociales. Jornadas de debate organizadas por la asamblea de Okupas de Terrasa.* (Título original: “Okupacio, repressió i moviments socials”. Traducido por Sonia G., Max). Ed. Traficantes de sueños, 1ª edición en castellano. Barcelona, 2000.
- *Manual delincuencia urbana. Tribus urbanas.* Ed. Publicep Libros Digitales. Humanes de Madrid, 2008.
- *Okupa Madrid (1985-2011). Memoria, reflexión, debate y autogestión* *Memoria, reflexión, debate y autogestión colectiva del conocimiento. Seminario de Historia Seminario de Historia Política y Social Política y Social de las Okupaciones de las Okupaciones en Madrid-Metrópolis.* Ed. Diagonal, 2014.
- *La “Okupación” como analizador. Una historia y análisis del movimiento de okupaciones en Madrid (1985-1995) contada por sus observadores contemporáneos.* Ed. Distribuidora Peligrosidad Social, 2012.

WALSH, W.T.:

- *Isabel La Cruzada*. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Colección Austral, 4ª edición. Madrid, 1963.

WELZEL, H.:

- *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. (Versión castellana y notas por José Cerezo Mir). Ed. Ariel. Barcelona, 1964.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, A.:

- << Hacia un Estado policial >> en *Diario La Ley*, Nº 8229, Sección Tribuna, 15 de enero de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley.

ZAMBRANO PASQUEL, A.:

- *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito, 3ª edición. Ecuador, Quito, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.:

- *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Ed. Akal/iure. Madrid, 1988.
- <<Consideraciones generales sobre el art. 6 bis a) del Código Penal. (La regulación del error de tipo y del error de prohibición) >> en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. El error. Año 1993.
- << Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal (Consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.) >> en *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 59, 1996. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Edersa, 1996.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (DIR.) Y MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (COORD.):

- *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición adaptada a la reforma del Código Penal aprobada por las leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. Valencia, 2015.

BIBLIOGRAFÍA

ZULUETA, E.:

- << La okupación no es un delito >> en *Ni hablar*. Nº 20. Año 1997. Edita: Ediciones Caimar, S.L., 1997.
- << La okupación como delito político >> en *Diagonal*, 12 al 25 de mayo de 2005.

ANEXOS

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

1.- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- ✓ EDJ 1984/6847, TEDH, S 21-2-1984, nº 8544/1979, (STEDH de 21 febrero 1984).

2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

2.1.- Sentencias Pleno

- ✓ EDJ 1982/33, TC, Pleno, S 8-6-1982, nº 33/1982, BOE 153/1982, de 28 de junio de 1982, rec. 16/1982, Pte: Latorre Segura, Ángel.
- ✓ EDJ 1983/111, TC, Pleno, S 2-12-1983, nº 111/1983, BOE 298/1983, de 14 de diciembre de 1983, rec. 116/1983, Pte: Arozamena Sierra, Jerónimo.
- ✓ EDJ 1984/117, TC, Pleno, S 5-12-1984, nº 117/1984, BOE 305/1984, de 21 de diciembre de 1984, rec. 371/1982, Pte: Begué Cantón, Gloria.
- ✓ EDJ 1984/123, TC, Pleno, S 18-12-1984, nº 123/1984, BOE 10/1985, de 11 de enero de 1985, rec. 568//1983, Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis.
- ✓ EDJ 1985/59, TC, Pleno, S 6-5-1985, nº 59/1985, BOE 134/1985, de 5 de junio de 1985, rec. 334/1984, Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis.
- ✓ EDJ 1986/94, TC, Pleno, S 8-7-1986, nº 94/1986, BOE 174/1986, de 22 de julio de 1986, rec. 845/1983, Pte: Vega Benayas, Carlos de la.
- ✓ EDJ 1987/37, TC, Pleno, S 26-3-1987, nº 37/1987, BOE 89/1987, de 14 de abril de 1987, rec. 685/1984, Pte: Leguina Villa, Jesús.

- ✓ EDJ 1987/133, TC, Pleno, S 21-7-1987, nº 133/1987, BOE 191/1987, de 11 de agosto de 1987, rec. 373/1985, Pte: Truyol Serra, Antonio.
- ✓ EDJ 1989/5847, TC, Pleno, S 8-6-1989, nº 104/1989, BOE 158/1989, de 4 de julio de 1989, rec. 864/1984, Pte: Gimeno Sendra, Vicente.
- ✓ EDJ 1994/2470, TC, Pleno, S 17-3-1994, nº 89/1994, BOE 89/1994, de 14 de abril de 1994, rec. 2010/1989; 969/1991.
- ✓ EDJ 1997/5477, TC, Pleno, S 2-10-1997, nº 161/1997, BOE 260/1997, de 30 de octubre de 1997, rec. 4198/1996, Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles.
- ✓ EDJ 1998/10024, TC, Pleno, S 15-7-1998, nº 166/1998, BOE 197/1998, de 18 de agosto de 1998, rec. 2776/1990, Pte: González Campos, Julio Diego.
- ✓ EDJ 1999/27103, TC, Pleno, S 30-9-1999, nº 175/1999, BOE 263/1999, de 3 de noviembre de 1999, rec. 745/1990, Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente.
- ✓ EDJ 2000/10329, TC, Pleno, S 1-6-2000, nº 148/2000, BOE 156/2000, de 30 de junio de 2000, rec. 3242/1993, Pte: Casas Baamonde, María Emilia.
- ✓ EDJ 2002/374, TC, Pleno, S 17-1-2002, nº 10/2002, BOE 34/2002, de 8 de febrero de 2002, rec. 2829/1994 (EDJ 2002/374).
- ✓ EDJ 2004/5420, TC, Pleno, S 24-2-2004, nº 24/2004, BOE 74/2004, de 26 de marzo de 2004, rec. 3371/1997, Pte: Pérez Vera, Elisa.
- ✓ EDJ 2015/76546, TC, Pleno, S 14-5-2015, rec. 4286/2013, Pte: González Rivas, Juan José.

2.2.- Sentencias Sala Primera

- ✓ EDJ 1981/2, TC, Sala 1ª, S 30-1-1981, nº 2/1981, BOE 47/1981, de 24 de febrero de 1981, rec. 90/1980, Pte: Díez de Velasco Vallejo, Manuel.
- ✓ EDJ 1981/18, TC, Sala 1ª, S 8-6-1981, nº 18/1981, BOE 143/1981, de 16 de junio de 1981, rec. 101/1980, Pte: Gómez-Ferrer Morant, Rafael.
- ✓ EDJ 1994/9592, TC, Sala 1ª, S 12-12-1994, nº 325/1994, BOE 15/1995, de 18 de enero de 1995, rec. 2240/1991, Pte: Mendizábal Allende, Rafael de.
- ✓ EDJ 2013/183382, TC, Sala 1ª, S 9-9-2013, nº 149/2013, BOE 242/2013, de 9 de octubre de 2013, rec. 211/2010, Pte: Ollero Tassara, Andrés.

2.3.- Sentencias Sala Segunda

- ✓ EDJ 1988/333, TC, Sala 2ª, S 16-2-1988, nº 17/1988, BOE 52/1988, de 1 de marzo de 1988, rec. 1060/1986, Pte: López Guerra, Luis.
- ✓ EDJ 1995/2054, TC, Sala 2ª, S 8-5-1995, nº 66/1995, BOE 140/1995, de 13 de junio de 1995, rec. 1693/1992, Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles.
- ✓ EDJ 1999/11259, TC, Sala 2ª, S 31-5-1999, nº 94/1999, BOE 154/1999, de 29 de junio de 1999, rec. 1090/1995, Pte: Vives Antón, Tomás S.
- ✓ EDJ 2000/33368, TC, Sala 2ª, S 30-10-2000, nº 255/2000, BOE 288/2000, de 1 de diciembre de 2000, rec. 4120/1996, Pte: Mendizábal Allende, Rafael de.
- ✓ EDJ 2004/5419, TC, Sala 2ª, S 26-2-2004, nº 25/2004, BOE 74/2004, de 26 de marzo de 2004, rec. 5743/2001, Pte: Pérez Vera, Elisa.
- ✓ EDJ 2005/29886, TC, Sala 2ª, S 14-3-2005, nº 63/2005, BOE 93/2005, de 19 de abril de 2005, rec. 6819/2002, Pte: Gay Montalvo, Eugeni.

- ✓ EDJ 2006/80354, TC, Sala 2ª, S 22-5-2006, nº 163/2006, BOE 148/2006, de 22 de junio de 2006, rec. 7023/2003, Pte: Gay Montalvo, Eugeni.
- ✓ EDJ 2008/4990, TC, Sala 2ª, S 20-2-2008, nº 29/2008, BOE 64/2008, de 14 de marzo de 2008, rec. 1907/2003; 1911/2003, Pte: Sala Sánchez, Pascual.
- ✓ EDJ 2009/150173, TC, Sala 2ª, S 15-6-2009, nº 147/2009, BOE 172/2009, de 17 de julio de 2009, rec. 3768/2007, Pte: Pérez Vera, Elisa.
- ✓ EDJ 2010/258344, TC, Sala 2ª, S 15-11-2010, nº 97/2010, BOE 306/2010, de 17 de diciembre de 2010, rec. 1052/2010, Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente.

2.4.- Autos

- ✓ EDJ 1995/4486, TC, Sala 1ª, A 22-9-1995, nº 244/1995, rec. 3140/92-M.
- ✓ EDJ 2005/237036, TC, sec. 3ª, A 12-12-2005, nº 426/2005, rec. 2655/2004.

3.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo

3.1.- Sala Primera

- ✓ EDJ 1969/510, STS, Sala 1ª, S 2-7-1969, nº 456/1969, Pte: Beltrán de Heredia y Castaño, José.
- ✓ EDJ 1979/990, STS, Sala 1ª, S 31-12-1979, nº 451/1979, Pte: Castro García, Jaime de.
- ✓ EDJ 1986/6860, STS, Sala 1ª, S 30-10-1986, Pte: Albácar López, José Luis.
- ✓ EDJ 2003/6562, STS, Sala 1ª, S 11-4-2003, nº 381/2003, rec. 2684/1997, Pte: Gullón Ballesteros, Antonio.

- ✓ EDJ 2007/70090, STS, Sala 1ª, S 30-5-2007, nº 596/2007, rec. 2452/2000, Pte: Corbal Fernández, Jesús.
- ✓ EDJ 2013/19379, STS, Sala 1ª, S 28-2-2013, nº 110/2013, rec. 1487/2010, Pte: Arroyo Fiestas, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2014/7102, STS, Sala 1ª Pleno, S 21-1-2014, nº 841/2013, rec. 916/2011, Pte: Salas Carceller, Antonio.

3.2.- Sala Segunda

- ✓ RJA 1576, STS, 6 de julio de 1936. Criminal. Usurpación de terrenos.
- ✓ EDJ 1978/1034, STS, Sala 2ª, S 23-5-1978, nº 497/1978, Pte: García Miguel, Manuel.
- ✓ EDJ 1981/4763, STS, Sala 2ª, S 30-6-1981, Pte: Vivas, Luis.
- ✓ EDJ 1982/570, STS, Sala 2ª, S 6-2-1982, Pte: Hijas Palacios, José.
- ✓ EDJ 1983/652, STS, Sala 2ª, S 1-2-1983, Pte: Vivas Marzal, Luis.
- ✓ EDJ 1983/2100, STS, Sala 2ª, S 5-4-1983, Pte: Rodríguez López, Martín Jesús.
- ✓ EDJ 1985/6433, STS, Sala 2ª, S 9-12-1985, Pte: Vivas Marzal, Luis.
- ✓ EDJ 1986/730, STS, Sala 2ª, S 21-1-1986, Pte: Vivas Marzal, Luis.
- ✓ EDJ 1986/7241, STS, Sala 2ª, S 12-11-1986, Pte: Gil Sáez, Benjamín.
- ✓ EDJ 1987/2952, STS, Sala 2ª, S 13-4-1987, Pte: Soto Nieto, Francisco.
- ✓ EDJ 1987/7648, STS, Sala 2ª, S 23-10-1987. Pte: Ruiz Vadillo, Enrique.

- ✓ EDJ 1989/1210, STS, Sala 2ª, S 8-2-1989, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique.
- ✓ EDJ 1990/5310, STS, Sala 2ª, S 21-5-1990, Pte: Vivas Marzal, Luis.
- ✓ EDJ 1990/9662, STS, Sala 2ª, S 24-10-1990, Pte: Vivas Marzal, Luis.
- ✓ EDJ 1991/669, STS, Sala 2ª, S 25-1-1991, Pte: Moyna Ménguez, José Hermenegildo.
- ✓ EDJ 1991/12364, STS, Sala 2ª, S 28-12-1991, Pte: Huerta y Álvarez de Lara, Antonio.
- ✓ EDJ 1992/3278, STS, Sala 2ª, S 3-4-1992, nº 854/1992, rec. 3149/1990, Pte: Ruiz Vadillo, Enrique.
- ✓ EDJ 1992/3473, STS Sala 2ª, S 8-4-1992, nº 1014/1992, rec. 766/1990, Pte: Montero Fernández-Cíd, Ramón.
- ✓ EDJ 1993/6936, STS, Sala 2ª, S 10-7-1993, nº 1730/1993, rec. 547/1992, Pte: Montero Fernández-Cid, Ramón.
- ✓ EDJ 1994/24062, STS, Sala 2ª, S 28-1-1994, rec. 531/1992, Pte: Granados Pérez, Carlos.
- ✓ EDJ 1995/214, STS, Sala 2ª, S 8-2-1995, nº 137/1995, rec. 938/1994, Pte: Soto Nieto, Francisco.
- ✓ EDJ 1996/107, STS, Sala 2ª, S 22-1-1996, nº 23/1995, rec. 746/1995, Pte: Puerta Luis, Luis Román.
- ✓ EDJ 1997/6553, STS, Sala 2ª, S 23-6-1997, nº 899/1997, rec. 579/1996-P, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 1997/8154, STS, Sala 2ª, S 28-10-1997, nº 1/1997, rec. 880/1991, Pte: Vega Ruiz, José Augusto de.
- ✓ EDJ 1997/8539, STS Sala 2ª, S 14-11-1997, nº 1141/1997, rec. 2445/1996, Pte: Delgado García, Joaquín.
- ✓ EDJ 1997/10508, STS, Sala 2ª, S 24-11-1997, nº 1415/1997, rec. 3137/1995, Pte: Soto Nieto, Francisco.
- ✓ EDJ 1998/3175, STS, Sala 2ª, S 28-4-1998, nº 565/1998, rec. 1604/1997, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique.
- ✓ EDJ 1998/11376, STS, Sala 2ª, S 22-7-1998, nº 989/1998, rec. 2853/1997, Pte: Vega Ruiz, José Augusto de.
- ✓ EDJ 1999/96, STS, Sala 2ª, S 22-1-1999, nº 726/1998, rec. 3823/1997, Pte: Granados Pérez, Carlos.
- ✓ EDJ 1999/2587, STS, Sala 2ª, S 26-3-1999, nº 545/1999, rec. 2337/1997, Pte: Marañón Chávarri, José Antonio.
- ✓ EDJ 1999/10010, STS, Sala 2ª, S 19-5-1999, nº 824/1999, rec. 4073/1997, Pte: Vega Ruiz, José Augusto de.
- ✓ EDJ 1999/13721, STS, Sala 2ª, S 29-5-1999, nº 845/1999, rec. 4292/1998, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique.
- ✓ EDJ 1999/13831, STS, Sala 2ª, S 23-6-1999, nº 1046/1999, rec. 2529/1998, Pte: Puerta Luis, Luis Román.
- ✓ EDJ 1999/39969, STS, Sala 2ª, S 22-12-1999, nº 1807/1999, rec. 3029/1998, Pte: Martín Pallín, José Antonio.

- ✓ EDJ 2000/6159, STS, Sala 2ª, S 24-4-2000, nº 729/2000, rec. 503/1999, Pte: Sánchez Melgar, Julián.
- ✓ EDJ 2000/20679, STS, Sala 2ª, S 13-7-2000, nº 1258/2000, rec. 698/1998, Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo
- ✓ EDJ 2000/27678, STS, Sala 2ª, S 11-9-2000, nº 1380/2000, rec. 674/1999, Pte: Abad Fernández, Enrique.
- ✓ EDJ 2000/38878, STS, Sala 2ª, S 14-11-2000, nº 1772/2000, rec. 632/1999, Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio.
- ✓ EDJ 2000/52788, STS, Sala 2ª, S 20-12-2000, nº 1801/2000, rec. 819/1999, Pte: Granados Pérez, Carlos.
- ✓ EDJ 2001/7277, STS, Sala 2ª, S 20-3-2001, nº 440/2001, Pte: Martín Canivell, Joaquín.
- ✓ EDJ 2001/9243, STS, Sala 2ª, S 23-5-2001, nº 921/2001, rec. 899/2000, Pte: Moner Muñoz, Eduardo.
- ✓ EDJ 2001/13872, STS, Sala 2ª, S 28-6-2001, nº 1272/2001, rec. 172/2000, Pte: Martínez Arrieta, Andrés.
- ✓ EDJ 2001/32015, STS, Sala 2ª, S 24-7-2001, nº 1490/2001, rec. 3204/1999, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido.
- ✓ EDJ 2001/31990, STS, Sala 2ª, S 2-10-2001, nº 1722/2001, rec. 3459/1999, Pte: Moner Muñoz, Eduardo.
- ✓ EDJ 2001/44081, STS, Sala 2ª, S 29-10-2001, nº 2059/2001, rec. 4601/1999, Pte: Granados Pérez, Carlos.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2001/54053, STS, Sala 2ª, S 27-11-2001, nº 2230/2001, rec. 1588/2000, Pte: Granados Pérez, Carlos.
- ✓ EDJ 2001/47572, STS, Sala 2ª, S 29-11-2001, nº 2227/2001, rec. 1184/2000, Pte: Saavedra Ruiz, Juan.
- ✓ EDJ 2001/53363, STS, Sala 2ª, S 10-12-2001, nº 2392/2001, rec. 1141/2000, Pte: Granados Pérez, Carlos.
- ✓ EDJ 2001/53601, STS, Sala 2ª, S 14-12-2001, nº 2366/2001, rec. 334/2000, Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto.
- ✓ EDJ 2002/533, STS, Sala 2ª, S 19-1-2002, nº 7/2002, rec. 2216/2000, Pte: Jiménez Villarejo, José.
- ✓ EDJ 2002/61215, STS, Sala 2ª, S 3-12-2002, nº 1999/2002, rec. 2167/2001, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido.
- ✓ EDJ 2002/59912, STS, Sala 2ª, S 23-12-2002, nº 2176/2002, rec. 2024/2001, Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio.
- ✓ EDJ 2003/4268, STS, Sala 2ª, S 27-2-2003, nº 302/2003, rec. 2822/2001 Pte: Colmenero Menéndez de Lúcar, Miguel.
- ✓ EDJ 2003/6581, STS, Sala 2ª, S 5-3-2003, nº 334/2003, rec. 2915/2001, Pte: Giménez García, Joaquín.
- ✓ EDJ 2004/197365 STS, Sala 2ª, S 15-11-2004, nº 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín.
- ✓ EDJ 2005/68319, STS, Sala 2ª, S 11-4-2005, nº 91/2005, rec. 1094/2003, Pte: Sánchez Melgar, Julián.

- ✓ EDJ 2005/131407, STS, Sala 2ª, S 25-4-2005, nº 537/2005, rec. 2198/2003, Pte: Granados Pérez, Carlos.
- ✓ EDJ 2005/119226, STS, Sala 2ª, S 24-6-2005, nº 865/2005, rec. 2033/2003, Pte: Sánchez Melgar, Julián.
- ✓ EDJ 2005/139936, STS, Sala 2ª, S 21-7-2005, nº 986/2005, rec. 103/2004, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2005/144807, STS, Sala 2ª, S 15-9-2005, nº 1003/2005, rec. 1136/2004, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2006/11975, STS, Sala 2ª, S 30-1-2006, nº 91/2006, rec. 72/2005, Pte: Monterde Ferrer, Francisco.
- ✓ EDJ 2006/76612, STS, Sala 2ª, S 15-3-2006, nº 305/2006, rec. 1705/2004, Pte: Martínez Arrieta, Andrés.
- ✓ EDJ 2006/337351, STS, Sala 2ª, S 28-3-2006, nº 363/2006, rec. 2067/2004, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2006/59578, STS, Sala 2ª, S 18-4-2006, nº 411/2006, rec. 421/2005, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2006/105613, STS, 2ª, S 14-7-2006, nº 798/2006, rec. 1804/2005, Pte: Giménez García, Joaquín.
- ✓ EDJ 2006/299608, STS, Sala 2ª, S 17-10-2006, nº 1067/2006, rec. 193/2006, Pte: Martín Pallín, José Antonio.
- ✓ EDJ 2007/17999, STS, Sala 2ª, S 8-2-2007, nº 136/2007, rec. 1108/2006, Pte: Sánchez Melgar, Julián.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2007/16962, STS, Sala 2ª, S 7-3-2007, nº 181/2007, rec. 1816/2006, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2007/28984, STS, Sala 2ª, S 24-4-2007, nº 361/2007, rec. 2412/2006; Pte: Marchena Gómez, Manuel.
- ✓ EDJ 2008/31067, STS, 2ª, S 13-2-2008, nº 81/2008, rec. 682/2007, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2008/240012, STS, Sala 2ª, S 11-12-2008, nº 891/2008, rec. 1419/2007, Pte: Soriano Soriano, José Ramón.
- ✓ EDJ 2009/25541, STS, Sala 2ª, S 5-3-2009, nº 231/2009, rec. 11236/2008, Pte: Marchena Gómez, Manuel.
- ✓ EDJ 2009/56293, STS, Sala 2ª, S 2-4-2009, nº 336/2009, rec. 1392/2008, Pte: Martínez Arrieta, Andrés.
- ✓ EDJ 2009/62587, STS, Sala 2ª, S 27-4-2009, nº 451/2009, rec. 10761/2008, Pte: Granados Pérez, Carlos.
- ✓ EDJ 2009/217437, STS, Sala 2ª, S 11-9-2009, nº 886/2009, rec. 2204/2008, Pte: Martín Pallín, José Antonio.
- ✓ EDJ 2009/234585, STS, Sala 2ª, S 13-10-2009, nº 987/2009, rec. 10504/2009, Pte: Giménez García, Joaquín.
- ✓ EDJ 2009/265711, STS, Sala 2ª, S 17-10-2009, nº 1035/2009, rec. 1995/2008, Pte: Sánchez Melgar, Julián.
- ✓ EDJ 2009/259102, STS, Sala 2ª, S 2-11-2009, nº 1070/2009, rec. 632/2009, Pte: Delgado García, Joaquín.

- ✓ EDJ 2009/265736, STS, Sala 2ª, S 12-11-2009, nº 1107/2009, rec. 1173/2009, Pte: Martín Pallín, José Antonio.
- ✓ EDJ 2009/327308, STS, Sala 2ª, S 30-12-2009, nº 1328/2009, rec. 1142/2009, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2010/16398, STS, Sala 2ª, S 4-3-2010, nº 174/2010, rec. 2284/2009, Pte: Monterde Ferrer, Francisco.
- ✓ EDJ 2010/61234, STS, Sala 2ª, S 4-3-2010, nº 358/2010, rec. 11215/2009, Pte: Martínez Arrieta, Andrés.
- ✓ EDJ 2010/153038, STS, Sala 2ª, S 23-6-2010, nº 618/2010, rec. 51/2010, Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel.
- ✓ EDJ 2010/298196, STS, Sala 2ª, S 30-12-2010, nº 1188/2010, rec. 10665/2010, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2011/166757, STS, Sala 2ª, S 20-7-2011, nº 865/2011, rec. 124/2011, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.
- ✓ EDJ 2011/166782, STS, Sala 2ª, S 22-7-2011, nº 884/2011, rec. 10439/2011, Pte: Sánchez Melgar, Julián.
- ✓ EDJ 2012/16694, STS, Sala 2ª, S 7-2-2012, nº 54/2012, rec. 2624/2010, Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio.
- ✓ EDJ 2012/65124, STS, Sala 2ª, S 3-4-2012, nº 266/2012, rec. 1401/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2012/154675, STS, Sala 2ª, S 19-7-2012, nº 642/2012, rec. 1717/2011, Pte: Granados Pérez, Carlos.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2012/298612, STS, Sala 2ª, S 5-12-2012, nº 974/2012, rec. 2216/2011, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2013/67867, STS, Sala 2ª, S 16-5-2013, nº 392/2013, rec. 1734/2012, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2013/78314, STS, Sala 2ª, S 22-5-2013, nº 412/2013, rec. 1604/2012, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2013/89573, STS, Sala 2ª, S 28-5-2013, nº 459/2013, rec. 11039/2012, Pte: Granados Pérez, Carlos.
- ✓ EDJ 2013/124668, STS, Sala 2ª, S 27-6-2013, nº 539/2013, rec. 2079/2012, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2013/136120, STS, Sala 2ª, S 2-7-2013, nº 577/2013, rec. 1562/2012, Pte: Monterde Ferrer, Francisco.
- ✓ EDJ 2013/229577, STS, Sala 2ª, S 22-10-2013, nº 778/2013, rec. 1949/2012, Pte: Martínez Arrieta, Andrés.
- ✓ EDJ 2014/26553, STS, Sala 2ª, S 5-3-2014, nº 175/2014, rec. 1314/2013, Pte: Granados Pérez, Carlos.
- ✓ EDJ 2014/222778, STS, Sala 2ª, S 12-11-2014, nº 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido.
- ✓ EDJ 2014/261492, STS, Sala 2ª, S 22-12-2014, nº 898/2014, rec. 1292/2014, Pte: Sánchez Melgar, Julián.
- ✓ EDJ 2015/101581, STS, Sala 2ª, S 2-6-2015, nº 338/2015, rec. 2057/2014, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.

- ✓ EDJ 2015/176364, STS, Sala 2ª, S 1-10-2015, nº 539/2015, rec. 279/2015, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.

3.3.- Sala Tercera (Contencioso-administrativo)

- ✓ EDJ 2001/45239, STS, Sala 3ª, sec. 4ª, S 19-11-2001, rec. 6690/2000, Pte: Fernández Montalvo, Rafael.
- ✓ EDJ 2005/244543, STS, Sala 3ª, sec. 7ª, S 28-12-2005, rec. 3151/2002, Pte: Maurandi Guillén, Nicolás.
- ✓ EDJ 2009/112164, STS, Sala 3ª, sec. 5ª, S 25-5-2009, rec. 5447/2006, Pte: Yagüe Gil, Pedro José.

4.- Jurisprudencia *menor*, Tribunales Superiores de Justicia

- ✓ EDJ 2013/319593, TSJ de Andalucía (Granada), sec. 1ª, S 21-11-2013, nº 36/2013, rec. 1/2013, Pte: Río Fernández, Lorenzo del.

5.- Jurisprudencia *menor*, Audiencias Provinciales

5.1.- Sentencias

- ✓ EDJ 1997/12296, AP de Baleares, sec. 1ª, S 29-10-1997, nº 150/1997, rec. 0323/1997, Pte: Terrasa García, Antonio José.
- ✓ EDJ 1998/5918, AP de Madrid, sec. 15ª, S 19-1-1998, nº 33/1998, rec. 686/1997, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.
- ✓ EDJ 1998/9270 AP de Girona, sec. 3ª, S 24-2-1998, nº 64/1998, rec. 728/1997, Pte: Hormazábal Malarée, Hernán.
- ✓ EDJ 1998/6534, AP de Madrid, sec. 6ª, S 6-3-1998, nº 101/1998, rec. 98/1998, Pte: Mendoza Muñoz, Julio.

- ✓ EDJ 1998/9228, AP de Girona, sec. 3ª, S 14-4-1998, nº 134/1998, rec. 190/1997, Pte: Ramírez Souto, Fátima.
- ✓ EDJ 1998/17312, AP de Madrid, sec. 15ª, S 25-5-1998, nº 254/1998, rec. 267/1998, Pte: Varillas Gómez, Adrián.
- ✓ EDJ 1998/29579, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 30-6-1998, nº 484/1998, rec. 247/1998, Pte: Pérez de Rueda, Mª Pilar.
- ✓ EDJ 1998/21603, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 2-7-1998, nº 730/1998, rec. 740/1998, Pte: San Millán Martín, José Antonio.
- ✓ EDJ 1998/25491, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 10-7-1998, nº 772/1998, rec. 788/1998, Pte: San Millán Martín, José Antonio.
- ✓ EDJ 1998/21534, AP de Murcia, sec. 2ª, S 3-9-1998, nº 87/1998, rec. 87/1998, Pte: Jover Carrión, María.
- ✓ EDJ 1998/31692, AP de León, sec. 2ª, S 26-10-1998, nº 75/1998, rec. 5068/1998, Pte: Amez Martínez, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 1998/32082 AP de Segovia, S 29-10-1998, nº 97/1998, rec. 87/1998, Pte: Palomo del Arco, Andrés.
- ✓ EDJ 1999/7078, AP de Madrid, sec. 1ª, S 12-2-1999, nº 103/1999, rec. 29/1999, Pte: Maza Martín, José Manuel.
- ✓ EDJ 1999/2027, AP de Huelva, sec. 2ª, S 26-2-1999, rec. 118/1998, Pte: García García, Santiago.
- ✓ EDJ 1999/26795, AP de Málaga, sec. 2ª, S 7-6-1999, nº 146/1999, rec. 456/1999, Pte: Prieto Macías, Carlos.

- ✓ EDJ 1999/51525, AP de Madrid, S 2-11-1999, nº 1303/1999, rec. 395/1999, Pte: Guijarro López, Jesús Ángel.
- ✓ EDJ 1999/55153, AP de Madrid, sec. 23ª, S 15-12-1999, nº 600/1999, rec. 20067/1999 Pte: Pereda Espinosa, Petra.
- ✓ EDJ 1999/54076, AP de Madrid, S 20-12-1999, nº 340/1999, rec. 341/1999, Pte: Ferrer García, Ana María.
- ✓ EDJ 1999/55857, AP de Murcia, sec. 1ª, S 28-12-1999, nº 141/1999, rec. 149/1999, Pte: Moreno Millán, Carlos.
- ✓ EDJ 2000/3635, AP de Burgos, sec. 1ª, S 17-1-2000, rec. 181/1999, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis.
- ✓ EDJ 2000/12856, AP de Cádiz, sec. 4ª, S 17-2-2000, rec. 87/1999, Pte: Hidalgo González, Jesús María.
- ✓ EDJ 2000/9573, AP de Lugo, S 29-3-2000, nº 210/2000, rec. 89/2000, Pte: Fernández Cloos, Edgar Amando.
- ✓ EDJ 2000/52299, AP de Madrid, sec. 3ª, S 17-5-2000, nº 174/2000, rec. 98/2000, Pte: García Llamas, Juan Pelayo.
- ✓ EDJ 2000/31461, AP de Granada, sec. 1ª, S 29-5-2000, nº 342/2000, rec. 549/1998, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos.
- ✓ EDJ 2000/19345, AP de Guipúzcoa, sec. 3ª, S 6-6-2000, rec. 3065/2000, Pte: Unanue Arratibel, Juana María.
- ✓ EDJ 2000/26746, AP de Zaragoza, S 16-6-2000, nº 207/2000, rec. 280/1999, Pte: López Millán, Antonio Eloy.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2000/37439, AP de Baleares, sec. 2ª, S 10-7-2000, nº 150/2000, rec. 114/2000, Pte: Calderón Susín, Eduardo.
- ✓ EDJ 2000/47913, AP de Zaragoza, sec. 1ª, S 12-7-2000, nº 254/2000, rec. 8/2000, Pte: López Millán, Antonio Eloy.
- ✓ EDJ 2000/49414, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 12-7-2000, rec. 480/2000, Pte: Joshi Jubert, Ujala.
- ✓ EDJ 2000/65364, AP de Alicante, sec. 2ª, S 1-9-2000, nº 394/2000, rec. 218/2000, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José.
- ✓ EDJ 2000/41022, AP de Madrid, sec. 4ª, S 27-9-2000, nº 332/2000, rec. 31/2000, Pte: Fresneda García, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2000/65587, AP de Tarragona, sec. 2ª, S 2-10-2000, rec. 175/2000, Pte: Albiac Guiu, Rafael.
- ✓ EDJ 2000/52633, AP de Cádiz, sec. 8ª, S 6-10-2000, nº 412/2000, rec. 157/2000, Pte: Rodríguez Bermúdez de Castro, Ignacio.
- ✓ EDJ 2000/49025, AP de Córdoba, sec. 1ª, S 9-10-2000, nº 76/2000, rec. 183/2000, Pte: Villamor Montoro, Pedro Roque.
- ✓ EDJ 2000/43324, AP de Málaga, sec. 2ª, S 9-10-2000, nº 312/2000, rec. 296/2000, Pte: Godino Izquierdo, José.
- ✓ EDJ 2000/71546, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 9-10-2000, rec. 519/2000, Pte: Guindulain Oliveras, Elena.
- ✓ EDJ 2000/52657, AP de Madrid, sec. 5ª, S 9-10-2000, nº 1351/2000, rec. 202/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier.

- ✓ EDJ 2000/52612, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 13-10-2000, nº 181/2000, rec. 174/2000, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan.
- ✓ EDJ 2000/60563, AP de Cádiz, sec. 6ª, S 9-11-2000, nº 108/2000, rec. 95/2000, Pte: García Pérez, María Fernanda.
- ✓ EDJ 2000/59466, AP de Pontevedra, sec. 5ª, S 29-11-2000, nº 128/2000, rec. 137/2000, Pte: Lojo Aller, Juan Manuel.
- ✓ EDJ 2000/70745, AP de Barcelona, sec. 2ª, S 4-12-2000, nº 1279/2000, rec. 1454/2000, Pte: Iglesias Martín, José Carlos.
- ✓ EDJ 2000/64374, AP de Cuenca, S 11-12-2000, nº 96/2000, rec. 80/2000, Pte: López Calderón Barreda, Luis.
- ✓ EDJ 2001/4314, AP de Madrid, sec. 5ª, S 15-1-2001, nº 80/2001, rec. 342/2000, Pte: Vieira Morante, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2001/8124, AP de Madrid, sec. 7ª, S 23-1-2001, nº 14/2001, rec. 335/2000, Pte: Alonso Suárez, José Antonio.
- ✓ EDJ 2001/12424, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 1-2-2001, nº 35/2001, rec. 14/2001, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan.
- ✓ EDJ 2001/8637, AP de Sevilla, sec. 7ª, S 20-3-2001, rec. 46/2001, Pte: González Fernández, Javier.
- ✓ EDJ 2001/8655, AP de Segovia, S 29-3-2001, nº 11/2001, rec. 15/2001, Pte: Palomo del Arco, Andrés.
- ✓ EDJ 2001/31526 AP de Valencia, sec. 4ª, S 9-5-2001, nº 130/2001, rec. 88/2001, Pte: Megía Carmona, José Manuel.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2001/39706 AP de Álava, sec. 1ª, S 21-5-2001, nº 51/2001, rec. 7/2001, Pte: Elizburu Aguirre, Iñigo (EDJ 2001/39706).
- ✓ EDJ 2001/31482, AP de Barcelona, sec. 8ª, S 7-6-2001, rec. 230/2001, Pte: Vigil Levi, Jacobo.
- ✓ EDJ 2001/30662, AP de Huesca, S 12-7-2001, nº 123/2001, rec. 24/2000, Pte: Gutiérrez Celma, Gonzalo.
- ✓ EDJ 2001/55362, AP de Madrid, sec. 17ª, S 20-7-2001, nº 598/2001, rec. 225/2000, Pte: Celemín Porrero, José María.
- ✓ EDJ 2001/54826, AP de Sevilla, sec. 1ª, S 6-9-2001, nº 458/2001, rec. 4362/2001, Pte: Carmona Ruano, Miguel.
- ✓ EDJ 2001/59486, AP de Barcelona, sec. 8ª, S 26-9-2001, rec. 475/2001, Pte: Orti Ponte, Francisco.
- ✓ EDJ 2001/59589, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 27-9-2001, rec. 485/2001, Pte: Gimeno Jubero, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2001/59381, AP de Madrid, sec. 23ª, S 10-10-2001, nº 700/2001, rec. 281/2001, Pte: Hurtado Adrián, Ángel Luis.
- ✓ EDJ 2001/58114, AP de Valencia, sec. 2ª, S 19-10-2001, nº 102/2001, rec. 1157/2001, Pte: Ortega Lorente, José Manuel.
- ✓ EDJ 2001/69178, AP de Cádiz, sec. 7ª, S 8-11-2001, nº 182/2001, rec. 176/2001, Pte: Gutiérrez Luna, Manuel.
- ✓ EDJ 2001/72219, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 3-12-2001, rec. 521/2001, Pte: Málaga Diéguez, Francisco.

- ✓ EDJ 2001/77665, AP de Madrid, sec. 23ª, S 27-12-2001, nº 910/2001, rec. 259/2001, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo.
- ✓ EDJ 2002/8667, AP de Madrid, sec. 15ª, S 22-1-2002, nº 24/2002, rec. 411/2001, Pte: Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2002/18907, AP de Valencia, sec. 3ª, S 12-2-2002, nº 70/2002, rec. 75/2002, Pte: Vera Llorens, José Luis.
- ✓ EDJ 2002/34503, AP de Madrid, sec. 15ª, S 15-4-2002, nº 172/2002, rec. 124/2002, Pte: Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2002/25927, AP de Madrid, sec. 16ª, S 15-4-2002, nº 257/2002, rec. 97/2002, Pte: Panizo y Romo de Arce, Alberto.
- ✓ EDJ 2002/25849, AP de Madrid, sec. 16ª, S 15-4-2002, nº 260/2002, rec. 126/2002, Pte: Lamela Díaz, Carmen.
- ✓ EDJ 2002/35123, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 22-5-2002, rec. 201/2002, Pte: Fernández Palma, Mª Rosa.
- ✓ EDJ 2002/48608, AP de Madrid, sec. 6ª, S 5-6-2002, nº 324/2002, rec. 103/2002, Pte: Mendoza Muñoz, Julio.
- ✓ EDJ 2002/41772, AP de Navarra, sec. 2ª, S 2-7-2002, nº 83/2002, rec. 52/2002, Pte: Cobo Sáenz, José Francisco.
- ✓ EDJ 2002/57556, AP de Madrid, sec. 16ª, S 4-9-2002, nº 603/2002, rec. 303/2002, Pte: Lamela Díaz, Carmen.
- ✓ EDJ 2002/67096, AP de Valencia, sec. 4ª, S 14-10-2002, nº 237/2002, rec. 177/2002, Pte: Tomás Tío, José María.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2002/101204: AP de Madrid, sec. 3ª, S 29-10-2002, nº 387/2002, rec. 328/2002, Pte: García Llamas, Juan Pelayo.
- ✓ EDJ 2002/101204, AP de Madrid, sec. 3ª, S 29-10-2002, nº 387/2002, rec. 328/2002, Pte: García Llamas, Juan Pelayo.
- ✓ EDJ 2002/72035, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 4-11-2002, rec. 617/2002, Pte: Gallego Soler, José Ignacio.
- ✓ EDJ 2002/76226, AP de Barcelona, sec. 3ª, S 21-11-2002, rec. 567/2002, Pte: Morales García, Oscar.
- ✓ EDJ 2002/66560 AP de Badajoz, sec. 1ª, S 3-12-2002, nº 74/2002, rec. 244/2002, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías.
- ✓ EDJ 2002/101411, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 19-12-2002, nº 1259/2002, rec. 127/2002, Pte: Cabrera Garate, Rubén.
- ✓ EDJ 2003/42349, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 16-1-2003, rec. 217/2001, Pte: Assalit Vives, José María.
- ✓ EDJ 2003/11377, AP de Soria, S 20-1-2003, nº 3/2003, rec. 3/2002, Pte: Ruiz Ramo, José.
- ✓ EDJ 2003/85874, AP de Madrid, sec. 3ª, S 19-2-2003, nº 137/2003, rec. 50/2003, Pte: García Llamas, Juan Pelayo.
- ✓ EDJ 2003/34255 AP de Vizcaya, sec. 2ª, S 31-3-2003, nº 190/2003, rec. 53/2003, Pte: Penín Alegre, Clara.
- ✓ EDJ 2003/94880, AP de Tarragona, sec. 2ª, S 1-4-2003, nº 40/2003, rec. 57/2001, Pte: Casas Cobo, Pedro Antonio .

- ✓ EDJ 2003/32239, AP de Ciudad Real, sec. 1ª, S 21-4-2003, nº 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María.
- ✓ EDJ 2003/86599 AP de Alicante, sec. 1ª, S 25-4-2003, nº 233/2003, rec. 89/2003, Pte: Magro Servet, Vicente.
- ✓ EDJ 2003/98377, AP de Madrid, sec. 4ª, S 30-4-2003, nº 150/2003, rec. 26/2003, Pte: Fabiá Mir, Pascual.
- ✓ EDJ 2003/53690, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 14-5-2003, rec. 34/2003, Pte: Morales Limia, Augusto.
- ✓ EDJ 2003/65312, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 12-6-2003, nº 106/2003, rec. 1002/2003, Pte: Rodríguez Acevedo, Concepción.
- ✓ EDJ 2003/133177, AP de Madrid, sec. 23ª, S 20-6-2003, nº 536/2003, rec. 177/2003, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo.
- ✓ EDJ 2003/205145, AP de Albacete, sec. 2ª, S 3-7-2003, nº 20/2003, rec. 1241/2002, Pte: Martínez Espín, Pascual.
- ✓ EDJ 2003/201113, AP de Huesca, sec. 1ª, S 11-7-2003, nº 120/2003, rec. 27/2002, Pte: García Castillo, José Tomás.
- ✓ EDJ 2003/131484, AP de Madrid, sec. 2ª, S 16-7-2003, nº 332/2003, rec. 156/2003, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis.
- ✓ EDJ 2003/155395, AP de Valencia, sec. 4ª, S 24-7-2003, nº 207/2003, rec. 150/2003, Pte: Megía Carmona, José Manuel.
- ✓ EDJ 2003/148215, AP de Madrid, sec. 15ª, S 10-9-2003, nº 363/2003, rec. 249/2003, Pte: Melero Claudio, Inmaculada.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2003/206078, AP de Cuenca, sec. 1ª, S 1-10-2003, nº 110/2003, rec. 94/2003, Pte: Puente Segura, Leopoldo.
- ✓ EDJ 2003/237708, AP de Madrid, sec. 15ª, S 27-10-2003, nº 441/2003, rec. 301/2003, Pte: Oliván Lacasta, Pilar.
- ✓ EDJ 2003/149138, AP de Sevilla, sec. 1ª, S 30-10-2003, nº 439/2003, rec. 5676/2003, Pte: Izquierdo Martín, Pedro.
- ✓ EDJ 2003/225048, AP de Madrid, sec. 16ª, S 11-11-2003, nº 765/2003, rec. 192/2003, Pte: Ventura Faci, Ramiro.
- ✓ EDJ 2003/171161, AP de Sevilla, sec. 3ª, S 13-11-2003, nº 606/2003, rec. 5803/2003, Pte: Holgado Merino, José Manuel.
- ✓ EDJ 2003/179080, AP de Cádiz, sec. 3ª, S 21-11-2003, nº 112/2003, rec. 30/2003, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2003/191683, AP de Tarragona, sec. 2ª, S 11-12-2003, rec. 1235/2003, Pte: Plaza López, Mª Paz.
- ✓ EDJ 2004/14985 AP de Huelva, sec. 1ª, S 5-2-2004, rec. 17/2004, Pte: García García, Santiago.
- ✓ EDJ 2004/129643, AP de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2004, nº 145/2004, rec. 45/2004, Pte: Fernández Entralgo, Jesús.
- ✓ EDJ 2004/14287, AP de Salamanca, sec. 1ª, S 18-3-2004, nº 20/2004, rec. 20/2004, Pte: Pérez Serna, Jesús.
- ✓ EDJ 2004/15013, AP de Jaén, sec. 1ª, S 25-3-2004, nº 74/2004, rec. 18/2004, Pte: Pérez Espino, Esperanza.

- ✓ EDJ 2004/43078, AP de Valencia, sec. 2ª, S 30-3-2004, nº 186/2004, rec. 44/2004, Pte: Escribano Parreño, José Andrés.
- ✓ EDJ 2004/71415, AP de Tarragona, sec. 2ª, S 4-5-2004, nº 463/2004, rec. 495/2004, Pte: Hernández García, Javier.
- ✓ EDJ 2004/47445, AP de León, sec. 1ª, S 12-5-2004, nº 122/2004, rec. 5193/2003, Pte: Lozano Gutiérrez, Alfonso.
- ✓ EDJ 2004/202273, AP de Burgos, sec. 1ª, S 17-5-2004, nº 91/2004, rec. 64/2004, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel.
- ✓ EDJ 2004/279605, AP de Madrid, sec. 15ª, S 28-5-2004, nº 234/2004, rec. 168/2004, Pte: Alhambra Pérez, María Catalina Pilar.
- ✓ EDJ 2004/122472, AP de Madrid, sec. 17ª, S 24-6-2004, nº 629/2004, rec. 149/2004, Pte: Álvaro López, Mª Cruz.
- ✓ EDJ 2004/77659, AP de Toledo, sec. 2ª, S 5-7-2004, nº 47/2004, rec. 37/2004, Pte: Gutiérrez Sánchez-Caro, Manuel.
- ✓ EDJ 2004/275433, AP de Madrid, sec. 15ª, S 27-7-2004, nº 350/2004, rec. 262/2004, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.
- ✓ EDJ 2004/140164, AP de Salamanca, sec. 1ª, S 30-7-2004, nº 59/2004, rec. 60/2004, Pte: Pérez Serna, Jesús.
- ✓ EDJ 2004/116733, AP de Cáceres, sec. 2ª, S 7-9-2004, nº 96/2004, rec. 234/2004, Pte: Bustillo Juncal, Abel Manuel.
- ✓ EDJ 2004/275430 AP de Madrid, sec. 15ª, S 14-9-2004, nº 379/2004, rec. 282/2004, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2004/169871, AP de Sevilla, sec. 1ª, S 17-9-2004, nº 396/2004, rec. 5787/2004, Pte: Lledó González, Carlos L.
- ✓ EDJ 2004/170103, AP de Sevilla, sec. 3ª, S 17-9-2004, nº 512/2004, rec. 3483/2004, Pte: Holgado Merino, José Manuel.
- ✓ EDJ 2004/278352, AP de Madrid, sec. 15ª, S 23-9-2004, nº 396/2004, rec. 289/2004, Pte: Alhambra Pérez, Pilar.
- ✓ EDJ 2004/145412, AP de Madrid, sec. 2ª, S 24-9-2004, nº 394/2004, rec. 296/2004, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis.
- ✓ EDJ 2004/278345, AP de Madrid, sec. 15ª, S 30-9-2004, nº 403/2004, rec. 298/2004, Pte: Alhambra Pérez, Pilar.
- ✓ EDJ 2004/173138, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-10-2004, nº 312/2004, rec. 299/2003, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña.
- ✓ EDJ 2004/172877, AP de Zaragoza, sec. 1ª, S 6-10-2004, nº 344/2004, rec. 183/2004, Pte: López Millán, Antonio Eloy.
- ✓ EDJ 2004/244937, AP de Granada, sec. 2ª, S 28-10-2004, nº 565/2004, rec. 47/2004, Pte: Rodríguez Cano, Eduardo.
- ✓ EDJ 2004/257929, AP de Ávila, sec. 1ª, S 15-11-2004, nº 195/2004, rec. 248/2004, Pte: García García, Jesús.
- ✓ EDJ 2004/200721, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 15-11-2004, nº 1048/2004, rec. 152/2000, Pte: Arroyo Romagosa, Montserrat.
- ✓ EDJ 2004/197988, AP de Albacete, sec. 2ª, S 22-11-2004, nº 285/2004, rec. 274/2004, Pte: Cañamares Pabolaza, Francisco.

- ✓ EDJ 2004/230093, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 24-11-2004, nº 228/2004, rec. 1112/2004, Pte: Moreno Galindo, Ana Isabel.
- ✓ EDJ 2004/249493, AP de Castellón, sec. 3ª, S 26-11-2004, nº 329/2004, rec. 201/2004, Pte: Gil Marqués, Mª Ángeles.
- ✓ EDJ 2004/283436, AP de Almería, sec. 3ª, S 3-12-2004, nº 249/2004, rec. 199/2004, Pte: Martínez Ruiz, Társila.
- ✓ EDJ 2004/275957, AP de Madrid, sec. 1ª, S 9-12-2004, nº 555/2004, rec. 411/2004, Pte: Romera Vaquero, Consuelo.
- ✓ EDJ 2005/328415, AP de Cádiz, sec. 7ª, S 10-1-2005, nº 12/2005, rec. 94/2004, Pte: Hernández Oliveros, Juan Carlos.
- ✓ EDJ 2005/50395, AP de Barcelona, sec. 9ª, S 17-1-2005, nº 162/2005, rec. 238/2004, Pte: García Muñoz, Pedro Luis.
- ✓ EDJ 2005/16505, AP de Alicante, sec. 1ª, S 31-1-2005, nº 69/2005, rec. 5/2005, Pte: Magro Servet, Vicente.
- ✓ EDJ 2005/176781, AP de Madrid, sec. 17ª, S 4-2-2005, nº 109/2005, rec. 374/2004, Pte: Chacón Alonso, Mª Teresa.
- ✓ EDJ 2005/174599, AP de Madrid, sec. 1ª, S 17-2-2005, nº 73/2005, rec. 55/2005, Pte: Aizpurúa Biurrarena, Olatz.
- ✓ EDJ 2005/339503 AP de Alicante, sec. 7ª, S 8-3-2005, nº 158/2005, Pte: Gil Muñoz, Javier.
- ✓ EDJ 2005/24554, AP de Albacete, sec. 2ª, S 11-3-2005, nº 17/2005, rec. 18/2005, Pte: Montalvá Sempere, Mª Ángeles.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2005/36006, AP de Toledo, sec. 2ª, S 4-4-2005, nº 48/2005, rec. 10/2005, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la.
- ✓ EDJ 2005/323372, AP de Sevilla, sec. 4ª, S 15-4-2005, nº 185/2005, rec. 1762/2005, Pte: Paúl Velasco, José Manuel de.
- ✓ EDJ 2005/193883, AP de Madrid, sec. 16ª, S 19-4-2005, nº 286/2005, rec. 171/2005, Pte: Hidalgo Abia, Miguel.
- ✓ EDJ 2005/95366, AP de Valencia, sec. 1ª, S 21-4-2005, nº 136/2005, rec. 508/2005, Pte: Julia Igual, Mª José.
- ✓ EDJ 2005/87837, AP de Ourense, sec. 1ª, S 29-4-2005, nº 26/2005, rec. 22/2005, Pte: Arcos Álvarez, José.
- ✓ EDJ 2005/132184, AP de Guipúzcoa, sec. 2ª, S 19-5-2005, nº 2099/2005, rec. 2241/2004, Pte: Domeño Nieto, Yolanda.
- ✓ EDJ 2005/193759, AP de Madrid, sec. 15ª, S 31-5-2005, nº 262/2005, rec. 195/2005, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.
- ✓ EDJ 2005/82715, AP de Zaragoza, sec. 1ª, S 8-6-2005, nº 199/2005, rec. 36/2005, Pte: Cantero Aríztegui, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2005/182734, AP de Madrid, sec. 2ª, S 13-6-2005, nº 278/2005, rec. 164/2005, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis.
- ✓ EDJ 2005/313326, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 20-6-2005, nº 622/2005, rec. 206/2004, Pte: Pijuan Canadell, José María.
- ✓ EDJ 2005/130005, AP de Valencia, sec. 2ª, S 22-6-2005, nº 364/2005, rec. 162/2005, Pte: Tomás Tío, José María.

- ✓ EDJ 2005/193955, AP de Madrid, sec. 16ª, S 4-7-2005, nº 556/2005, rec. 320/2005, Pte: Hidalgo Abia, Miguel.
- ✓ EDJ 2005/308442, AP de Granada, sec. 2ª, S 7-7-2005, nº 374/2005, rec. 121/2005, Pte: Ramos Almenara, Pedro.
- ✓ EDJ 2005/185674, AP de Madrid, sec. 6ª, S 8-7-2005, nº 342/2005, rec. 233/2005, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier.
- ✓ EDJ 2005/309175, AP de Barcelona, sec. 8ª, S 13-7-2005, nº 847/2005, rec. 51/2005, Pte: Mir Puig, Carlos.
- ✓ EDJ 2005/252287, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 1-9-2005, nº 743/2005, rec. 61/2005, Pte: Balibrea Pérez, Mª Dolores.
- ✓ EDJ 2005/196011, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 9-9-2005, nº 64/2005, rec. 41/2005, Pte: Cabrera Garate, Rubén.
- ✓ EDJ 2005/244096, AP de Sevilla, sec. 7ª, S 20-9-2005, nº 395/2005, rec. 5257/2005, Pte: Romeo Laguna, Juan.
- ✓ EDJ 2005/339793, AP de Alicante, sec. 7ª, S 24-10-2005, nº 732/2005, Pte: Jiménez Morago, José Teófilo.
- ✓ EDJ 2005/317612, AP de Alicante, sec. 3ª, S 8-11-2005, nº 542/2005, rec. 195/2005, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores.
- ✓ EDJ 2005/212056, AP de Valladolid, sec. 4ª, S 10-11-2005, nº 381/2005, rec. 684/2005, Pte: González Cuartero, María Teresa.
- ✓ EDJ 2005/285139, AP de Castellón, sec. 1ª, S 16-11-2005, nº 503/2005, rec. 425/2005, Pte: Solaz Solaz, Esteban.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2005/219886, AP de Madrid, sec. 3ª, S 21-11-2005, nº 504/2005, rec. 381/2005, Pte: Varillas Gómez, Adrián.
- ✓ EDJ 2005/259749, AP de Madrid, sec. 3ª, S 30-12-2005, nº 554/2005, rec. 409/2005, Pte: Abad Arroyo, Pilar.
- ✓ EDJ 2006/9248, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 18-1-2006, nº 78/2006, rec. 314/2005, Pte: Obach Martínez, Jorge.
- ✓ EDJ 2006/50636, AP de Madrid, sec. 15ª, S 24-1-2006, nº 19/2006, rec. 429/2005, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.
- ✓ EDJ 2006/11252, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 25-1-2006, nº 55/2006, rec. 403/2004, Pte: Guardo Laso, Mª Begoña.
- ✓ EDJ 2006/17999, AP de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2006, nº 127/2006, rec. 445/2005, Pte: Ventura Faci, Ramiro.
- ✓ EDJ 2006/71346, AP de Álava, sec. 1ª, S 6-2-2006, nº 16/2006, rec. 1/2006, Pte: Madaria Azkoitia, Iñigo.
- ✓ EDJ 2006/467276, AP de Baleares, sec. 1ª, S 7-2-2006, nº 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio.
- ✓ EDJ 2006/22344, AP de La Rioja, sec. 1ª, S 15-2-2006, nº 43/2006, rec. 4/2006, Pte: Rodríguez Fernández, Luis Miguel.
- ✓ EDJ 2006/58406, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 28-2-2006, nº 153/2006, rec. 342/2005, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2006/306521, AP de Alicante, sec. 1ª, S 8-3-2006, nº 161/2006, rec. 26/2006, Pte: Durá Carrillo, José Antonio.

- ✓ EDJ 2006/60173, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 13-3-2006, nº 88/2006, rec. 1015/2006, Pte: Maeso Ventureira, Augusto.
- ✓ EDJ 2006/338025, AP de Alicante, sec. 3ª, S 27-3-2006, nº 138/2006, rec. 14/2006, Pte: López Lorenzo, Virtudes.
- ✓ EDJ 2006/292412, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 30-3-2006, nº 416/2006, rec. 269/2005, Pte: Cardenal Montraveta, Sergi.
- ✓ EDJ 2006/296168, AP de Sevilla, sec. 3ª, S 7-4-2006, nº 197/2006, rec. 2351/2006, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis.
- ✓ EDJ 2006/86614, AP de Madrid, sec. 16ª, S 19-4-2006, nº 249/2006, rec. 143/2006, Pte: Lamela Díaz, Carmen.
- ✓ EDJ 2006/74951, AP de Toledo, sec. 2ª, S 20-4-2006, nº 22/2006, rec. 11/2006, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la.
- ✓ EDJ 2006/305439, AP de Valencia, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 144/2006, rec. 87/2006, Pte: Julia Igual, Mª José.
- ✓ EDJ 2006/72441, AP de Cuenca, sec. 1ª, S 3-5-2006, nº 39/2006, rec. 18/2006, Pte: Silva Pacheco, José Elpidio.
- ✓ EDJ 2006/404921, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 5-5-2006, nº 155/2006, rec. 1070/2006, Pte: Maeso Ventureira, Augusto.
- ✓ EDJ 2006/287063, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-5-2006, nº 276/2006, rec. 86/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2006/116098, AP de Cantabria, sec. 3ª, S 23-5-2006, nº 95/2006, rec. 98/2006, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2006/388935, AP de Córdoba, sec. 2ª, S 14-6-2006, nº 160/2006, rec. 289/2006, Pte: Morillo-Velarde Pérez, José María.
- ✓ EDJ 2006/376845, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 28-6-2006, rec. 57/2006, Pte: Rovira del Canto, Enrique.
- ✓ EDJ 2006/366636, AP de Granada, sec. 1ª, S 28-6-2006, nº 431/2006, rec. 172/2006, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos.
- ✓ EDJ 2006/388990, AP de Córdoba, sec. 3ª, S 29-6-2006, nº 157/2006, rec. 200/2006, Pte: Moreno Gómez, Felipe Luis.
- ✓ EDJ 2006/342038 AP de Madrid, sec. 7ª, S 30-6-2006, nº 601/2006, rec. 390/2005, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa.
- ✓ EDJ 2006/356471, AP de Madrid, sec. 23ª, S 11-9-2006, nº 683/2006, rec. 146/2006, Pte: Gurrera Roig, Matilde.
- ✓ EDJ 2006/411941, AP de Vizcaya, sec. 6ª, S 14-9-2006, nº 731/2006, rec. 308/2006, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane.
- ✓ EDJ 2006/337878, AP de Alicante, sec. 2ª, S 15-9-2006, nº 474/2006, rec. 103/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2006/356074, AP de Madrid, sec. 17ª, S 18-9-2006, nº 717/2006, rec. 281/2006, Pte: Fernández Entralgo, Jesús.
- ✓ EDJ 2006/410658, AP de Álava, sec. 1ª, S 21-9-2006, nº 131/2006, rec. 43/2006, Pte: Tapia Parreño, José Jaime.
- ✓ EDJ 2006/375502, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-9-2006, nº 407/2006, rec. 218/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel.

- ✓ EDJ 2006/374781, AP de Segovia, sec. 1ª, S 29-9-2006, nº 42/2006, rec. 49/2006, Pte: Criado del Rey Tremps, Gonzalo.
- ✓ EDJ 2006/367784, AP de Madrid, sec. 7ª, S 2-10-2006, nº 787/2006, rec. 25/2006, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del.
- ✓ EDJ 2006/345975, AP de Alicante, sec. 2ª, S 16-10-2006, nº 532/2006, rec. 156/2006, Pte: Guirau Zapata, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2006/395479, AP de Madrid, sec. 15ª, S 25-10-2006, nº 390/2006, rec. 274/2006, Pte: Alhambra Pérez, Pilar.
- ✓ EDJ 2006/419276, AP de Tarragona, sec. 4ª, S 9-11-2006, nº 478/2006, rec. 774/2006, Pte: Sánchez Siscart, José Manuel.
- ✓ EDJ 2006/417346, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 14-11-2006, rec. 145/2006, Pte: Hortal Ibarra, Juan Carlos.
- ✓ EDJ 2006/422062, AP de Zaragoza, sec. 1ª, S 20-11-2006, nº 486/2006, rec. 14/2006, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2006/399542, AP de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2006, nº 465/2006, rec. 266/2006, Pte: Abad Crespo, Julián.
- ✓ EDJ 2006/453733, AP de Cádiz, sec. 1ª, S 30-11-2006, nº 252/2006, rec. 121/2006, Pte: Rodríguez Rosales, Marcelino.
- ✓ EDJ 2006/453235, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 28-12-2006, rec. 21/2006, Pte: Pijuan Canadell, José María.
- ✓ EDJ 2006/439248, AP de Madrid, sec. 7ª, S 28-12-2006, nº 1068/2006, rec. 7/2006, Pte: Ferrer García, Ana María.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2007/219115, AP de Málaga, sec. 2ª, S 2-1-2007, nº 16/2007, rec. 241/2006, Pte: García Ortiz, Lourdes.
- ✓ EDJ 2007/68441, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 15-1-2007, rec. 248/2006, Pte: Llarena Conde, Pablo.
- ✓ EDJ 2007/117408, AP de Tarragona, sec. 2ª, S 29-1-2007, rec. 250/2004, Pte: Carril Pan, Antonio.
- ✓ EDJ 2007/63337, AP de Madrid, sec. 16ª, S 15-2-2007, nº 125/2007, rec. 55/2007, Pte: Hidalgo Abia, Miguel.
- ✓ EDJ 2007/47800, AP de Madrid, sec. 3ª, S 16-2-2007, nº 99/2007, rec. 75/2007, Pte: García Llamas, Juan Pelayo.
- ✓ EDJ 2007/31843, AP de Vizcaya, sec. 6ª, S 27-2-2007, nº 148/2007, rec. 48/2007, Pte: Arévalo Lassa, José Ignacio.
- ✓ EDJ 2007/51670, AP de Madrid, sec. 17ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007 Pte: Orteu Cebrián, Fernando.
- ✓ EDJ 2007/129362, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 15-3-2007, nº 369/2007, rec. 12/2007, Pte: Pérez de Rueda, Mª Pilar.
- ✓ EDJ 2007/86240, AP de Madrid, sec. 4ª, S 28-3-2007, nº 70/2007, rec. 36/2007, Pte: Prada Bengoa, Pilar de.
- ✓ EDJ 2007/116811, AP de Madrid, sec. 17ª, S 28-3-2007, nº 361/2007, rec. 172/2006, Pte: Ventura Faci, Ramiro.
- ✓ EDJ 2007/109603, AP de Tarragona, sec. 2ª, S 2-4-2007, nº 236/2007, rec. 894/2005, Pte: Carril Pan, Antonio.

- ✓ EDJ 2007/342811, AP de Alicante, sec. 3ª, S 3-4-2007, nº 193/2007, rec. 47/2007, Pte: Trascasa Blanco, Cristina.
- ✓ EDJ 2007/144336, AP de Badajoz, sec. 3ª, S 12-4-2007, nº 72/2007, rec. 51/2007, Pte: Muñoz Acero, Marina.
- ✓ EDJ 2007/122728, AP de Madrid, sec. 7ª, S 12-4-2007, nº 390/2007, rec. 15/2007, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa.
- ✓ EDJ 2007/139155, AP de Cáceres, sec. 2ª, S 4-5-2007, nº 83/2007, rec. 253/2007, Pte: Pérez Aparicio, Valentín.
- ✓ EDJ 2007/215301, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 7-6-2007, nº 143/2007, rec. 1176/2007, Pte: Maeso Ventureira, Augusto.
- ✓ EDJ 2007/157221, AP de Toledo, sec. 2ª, S 14-6-2007, nº 40/2007, rec. 16/2007, Pte: Carrión Matamoros, Alfonso.
- ✓ EDJ 2007/202111, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 20-6-2007, nº 157/2007, rec. 97/2005, Pte: Moya Valdés, Emilio J.J.
- ✓ EDJ 2007/202155, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 6-7-2007, nº 166/2007, rec. 10/2006, Pte: Vielba Escobar, Carlos.
- ✓ EDJ 2007/208248, AP de Madrid, sec. 7ª, S 23-7-2007, nº 714/2007, rec. 125/2007, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del.
- ✓ EDJ 2007/275934, AP de La Coruña, sec. 6ª, S 27-7-2007, nº 70/2007, rec. 165/2007, Pte: Gómez Rey, José.
- ✓ EDJ 2007/360708, AP de Vizcaya, sec. 2ª, S 11-9-2007, nº 505/2007, rec. 297/2007, Pte: Alonso Cardona, Ruth.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2007/354213, AP de Huelva, sec. 3ª, S 19-9-2007, nº 167/2007, rec. 150/2007, Pte: Pontón Práxedes, Antonio G.
- ✓ EDJ 2007/284763, AP de Badajoz, sec. 3ª, S 28-9-2007, nº 158/2007, rec. 207/2007, Pte: Calderón Martín, Juana.
- ✓ EDJ 2007/234705, AP de Castellón, sec. 2ª, S 8-10-2007, nº 418/2007, rec. 251/2007, Pte: Antón Blanco, José Luis.
- ✓ EDJ 2007/275348, AP de Baleares, sec. 1ª, S 15-10-2007, nº 107/2007, rec. 44/2007, Pte: Beltrán Mairata, Margarita.
- ✓ EDJ 2007/264404, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 15-10-2007, nº 252/2007, rec. 1324/2007, Pte: Subijana Zunzunegui, Ignacio José.
- ✓ EDJ 2007/342733, AP de Albacete, sec. 1ª, S 2-11-2007, nº 104/2007, rec. 50/2006, Pte: García Bleda, José.
- ✓ EDJ 2007/272849, AP de Tarragona, sec. 2ª, S 2-11-2007, nº 696/2007, rec. 241/2007, Pte: Uceda Sales, Sara.
- ✓ EDJ 2007/294401, AP de Cuenca, sec. 1ª, S 6-11-2007, nº 86/2007, rec. 11/2007, Pte: Fuente Honrubia, Fernando de la.
- ✓ EDJ 2007/262810, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 8-11-2007, nº 886/2007, rec. 122/2007, Pte: Segura Cros, Bibiana.
- ✓ EDJ 2007/273901, AP de Vizcaya, sec. 2ª, S 12-11-2007, nº 677/2007, rec. 428/2007, Pte: Díez Noval, Pablo.
- ✓ EDJ 2007/305887 AP de Pontevedra, sec. 2ª, S 29-11-2007, nº 173/2007, rec. 549/2007, Pte: Barreiro Prado, José Juan Ramón.

- ✓ EDJ 2007/310603 AP de Madrid, sec. 17ª, S 18-12-2007, nº 1298/2007, rec. 229/2007, Pte: Ventura Faci, Ramiro.
- ✓ EDJ 2007/351766 AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 26-12-2007, nº 445/2007, rec. 294/2007, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2008/103986, AP de Almería, sec. 3ª, S 12-2-2008, nº 52/2008, rec. 352/2007, Pte: Giménez de Cisneros Cid, Soledad.
- ✓ EDJ 2008/94106, AP de Madrid, sec. 6ª, S 14-2-2008, nº 68/2008, rec. 357/2007, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel.
- ✓ EDJ 2008/113141, AP de Huelva, sec. 1ª, S 15-2-2008, nº 32/2008, rec. 44/2008, Pte: Bellido Soria, Francisco.
- ✓ EDJ 2008/63133, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-2-2008, nº 142/2008, rec. 20/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2008/104301, AP de Baleares, sec. 1ª, S 10-4-2008, nº 42/2008, rec. 141/2007, Pte: Arbona Femenia, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2008/87347, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 11-4-2008, nº 259/2008, rec. 16/2008, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda.
- ✓ EDJ 2008/75148, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 14-4-2008, nº 314/2008, rec. 62/2008, Pte: Ingelmo Fernández, Ana.
- ✓ EDJ 2008/109293, AP de Madrid, sec. 23ª, S 16-4-2008, nº 321/2008, rec. 6/2008, Pte: Mozo Muelas, Rafael.
- ✓ EDJ 2008/206856, AP de Madrid, sec. 23ª, S 21-4-2008, nº 47/2008, rec. 4/2007, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2008/79736, AP de Madrid, sec. 17ª, S 24-4-2008, nº 369/2008, rec. 132/2008, Pte: Brobia Varona, Rosa.
- ✓ EDJ 2008/112590, AP de Castellón, sec. 1ª, S 9-5-2008, nº 271/2008, rec. 47/2008, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos.
- ✓ EDJ 2008/126348, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 14-5-2008, nº 120/2008, rec. 188/2006, Pte: Alemán Almeida, Secundino.
- ✓ EDJ 2008/225049, AP de Madrid, sec. 7ª, S 22-5-2008, nº 76/2008, rec. 23/2008, Pte: Fernández Soto, Ignacio José.
- ✓ EDJ 2008/141055, AP de Madrid, sec. 26ª, S 22-5-2008, nº 356/2008, rec. 179/2008, Pte: Durán Hinchado, Fátima Mª.
- ✓ EDJ 2008/142471, AP de Valencia, sec. 3ª, S 9-6-2008, nº 332/2008, rec. 169/2008, Pte: Climent Durán, Carlos.
- ✓ EDJ 2008/171324, AP de Cantabria, sec. 1ª, S 10-6-2008, nº 168/2008, rec. 158/2008, Pte: Sagüillo Tejerina, Ernesto.
- ✓ EDJ 2008/315131, AP de Burgos, sec. 1ª, S 13-6-2008, nº 28/2008, rec. 26/2007, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel.
- ✓ EDJ 2008/176844, AP de Navarra, sec. 1ª, S 27-6-2008, nº 94/2008, rec. 5/2008, Pte: Erice Martínez, Mª Esther.
- ✓ EDJ 2008/165063, AP de Valencia, sec. 2ª, S 2-7-2008, nº 403/2008, rec. 177/2008, Pte: Escribano Parreño, José Andrés.
- ✓ EDJ 2008/168993, AP de Barcelona, sec. 13ª, S 8-7-2008, nº 425/2008, rec. 806/2007, Pte: Cremades Morant, Juan Bautista.

- ✓ EDJ 2008/362528, AP de Ávila, sec. 1ª, S 25-7-2008, nº 107/2008, rec. 141/2008, Pte: Rodríguez Duplá, Mª José.
- ✓ EDJ 2008/258246, AP de Madrid, sec. 7ª, S 17-9-2008, nº 800/2008, rec. 269/2008, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa.
- ✓ EDJ 2008/362969, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 18-9-2008, nº 665/2008, rec. 175/2008, Pte: Alfonso Laso, Daniel de.
- ✓ EDJ 2008/240741, AP de Almería, sec. 3ª, S 26-9-2008, nº 316/2008, rec. 149/2008, Pte: Martínez Abad, Jesús.
- ✓ EDJ 2008/247468, AP de Madrid, sec. 1ª, S 2-10-2008, nº 455/2008, rec. 257/2008, Pte: Perdices López, Araceli.
- ✓ EDJ 2008/379768, AP de Granada, sec. 1ª, S 31-10-2008, nº 630/2008, rec. 252/2008, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos.
- ✓ EDJ 2008/289196, AP de Sevilla, sec. 3ª, S 6-10-2008, nº 488/2008, rec. 2851/2008, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis.
- ✓ EDJ 2008/312899, AP de Toledo, sec. 1ª, S 8-10-2008, nº 56/2008, rec. 29/2008, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración.
- ✓ EDJ 2008/258878, AP de Madrid, sec. 17ª, S 20-10-2008, nº 1069/2008, rec. 296/2008, Pte: Gurrera Roig, Matilde.
- ✓ EDJ 2008/281466, AP de Sevilla, sec. 4ª, S 30-10-2008, nº 529/2008, rec. 2112/2008, Pte: Lledó González, Carlos L.
- ✓ EDJ 2008/379768, AP de Granada, sec. 1ª, S 31-10-2008, nº 630/2008, rec. 252/2008, Pte: Rodríguez Valverde, Carlos.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2008/355612, AP de Madrid, sec. 23ª, S 18-11-2008, nº 1066/2008, rec. 209/2008, Pte: Barabino Ballesteros, Nuria Alejandra.
- ✓ EDJ 2008/357258, AP de Córdoba, sec. 2ª, S 5-12-2008, nº 305/2008, rec. 19/2008, Pte: Morillo-Velarde Pérez, José María.
- ✓ EDJ 2009/18090, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 2-1-2009, nº 731/2009, rec. 519/2007, Pte: Sánchez Cano, Mª Jesús.
- ✓ EDJ 2009/21182, AP de Valencia, sec. 4ª, S 12-1-2009, nº 5/2009, rec. 387/2008, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2009/45656, AP de La Coruña, sec. 2ª, S 12-1-2009, nº 10/2009, rec. 376/2008, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2009/29998, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 19-1-2009, nº 35/2009, rec. 228/2008, Pte: Soriano Vela, Francisca.
- ✓ EDJ 2009/37461, AP de Valencia, sec. 3ª, S 27-1-2009, nº 49/2009, rec. 13/2009, Pte: Tomás Benítez, Mariano.
- ✓ EDJ 2009/28263, AP de Madrid, sec. 15ª, S 27-1-2009, nº 5/2009, rec. 67/2008, Pte: Molinari López-Recuero, Alberto.
- ✓ EDJ 2009/142401, AP de Vizcaya, sec. 1ª, S 3-2-2009, nº 59/2009, rec. 474/2008, Pte: López Sarabia, Juan Francisco.
- ✓ EDJ 2009/36709, AP de Madrid, sec. 17ª, S 3-2-2009, nº 122/2009, rec. 1/2009, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús.
- ✓ EDJ 2009/54348, AP de Teruel, sec. 1ª, S 10-2-2009, nº 6/2009, rec. 8/2009, Pte: Hernández Gironella, Fermín.

- ✓ EDJ 2009/294306, AP de Granada, sec. 1ª, S 16-2-2009, nº 72/2009, rec. 8/2009, Pte: Barrales León, Mª de las Maravillas.
- ✓ EDJ 2009/66992, AP de Madrid, sec. 7ª, S 26-2-2009, nº 101/2009, rec. 22/2009, Pte: Antón y Abajo, Antonio.
- ✓ EDJ 2009/54874, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 3-3-2009, nº 193/2009, rec. 75/2009, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2009/67633, AP de Madrid, sec. 16ª, S 6-3-2009, nº 127/2009, rec. 60/2009, Pte: Perales Guilló, Mª Elena.
- ✓ EDJ 2009/142926, AP de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2009, nº 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso.
- ✓ EDJ 2009/105351, AP de Jaén, sec. 3ª, S 16-3-2009, nº 46/2009, rec. 22/2009, Pte: Passolas Morales, Jesús María.
- ✓ EDJ 2009/222917, AP de Málaga, sec. 2ª, S 18-3-2009, nº 147/2009, rec. 43/2009, Pte: Moreno Jiménez, Luis Miguel.
- ✓ EDJ 2009/97309, AP de Madrid, sec. 7ª, S 31-3-2009, nº 175/2009, rec. 79/2009, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa.
- ✓ EDJ 2009/109877, AP de Sevilla, sec. 7ª, S 1-4-2009, nº 163/2009, rec. 1086/2009, Pte: González Fernández, Javier.
- ✓ EDJ 2009/107244, AP de Madrid, sec. 23ª, S 22-4-2009, nº 462/2009, rec. 28/2009, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo.
- ✓ EDJ 2009/100476, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 29-4-2009, nº 345/2009, rec. 133/2009, Pte: Ruiz Ramo, José.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2009/223948, AP de Sevilla, sec. 3ª, S 8-5-2009, nº 249/2009, rec. 453/2009, Pte: García López-Corchado, Enrique.
- ✓ EDJ 2009/194781, AP de Huelva, sec. 2ª, S 10-6-2009, nº 80/2009, rec. 144/2009, Pte: Ruiz Yamuza, Florentino Gregorio.
- ✓ EDJ 2009/162720, AP de Madrid, sec. 29ª, S 15-6-2009, nº 132/2009, rec. 93/2009, Pte: Rasillo López, Mª del Pilar.
- ✓ EDJ 2009/397904, AP de Madrid, sec. 3ª, S 22-6-2009, nº 283/2009, rec. 198/2009, Pte: Pérez Marugán, Ana Mª.
- ✓ EDJ 2009/139810, AP de Palencia, sec. 1ª, S 29-6-2009, nº 64/2009, rec. 60/2009, Pte: Ráfols Pérez, Ignacio Javier.
- ✓ EDJ 2009/218649, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 29-6-2009, nº 524/2009, rec. 8/2009, Pte: Gimeno Jubero, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2009/175335, AP de Madrid, sec. 16ª, S 14-7-2009, nº 461/2009, rec. 236/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David.
- ✓ EDJ 2009/248851, AP de Madrid, sec. 7ª, S 20-7-2009, nº 611/2009, rec. 213/2009, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa.
- ✓ EDJ 2009/172851, AP de Huesca, sec. 1ª, S 27-7-2009, nº 116/2009, rec. 9/2009, Pte: García Castillo, José Tomás.
- ✓ EDJ 2009/279893, AP de Girona, sec. 3ª, S 27-7-2009, nº 531/2009, rec. 527/2009, Pte: Ramírez Souto, Fátima.
- ✓ EDJ 2009/336126, AP de Málaga, sec. 2ª, S 16-9-2009, nº 442/2009, rec. 150/2009, Pte: Morales González, Federico.

- ✓ EDJ 2009/353624, AP de Málaga, sec. 9ª, S 17-9-2009, nº 458/2009, rec. 148/2009, Pte: García Ortiz, Lourdes.
- ✓ EDJ 2010/270412, AP de Ciudad Real, sec. 2ª, S 20-9-2010, nº 85/2010, rec. 199/2010, Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V.
- ✓ EDJ 2009/331820, AP de Valencia, sec. 4ª, S 6-10-2009, nº 577/2009, rec. 301/2009, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2009/414265, AP de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2009, nº 550/2009, rec. 265/2009, Pte: Ginel Pretel, Rosa María.
- ✓ EDJ 2009/384652, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 14-10-2009, nº 732/2009, rec. 262/2008, Pte: Morales Limia, Augusto.
- ✓ EDJ 2009/295785, AP de Madrid, sec. 3ª, S 15-10-2009, nº 437/2009, rec. 264/2009, Pte: Ollero Butler, Carlos.
- ✓ EDJ 2009/304441, AP de Madrid, sec. 16ª, S 15-10-2009, nº 649/2009, rec. 316/2009, Pte: Cubero Flores, Francisco David.
- ✓ EDJ 2009/427122, AP de Cádiz, sec. 4ª, S 16-10-2009, nº 351/2009, rec. 166/2009, Pte: Montesinos Pidal, Mª Inmaculada.
- ✓ EDJ 2009/323214, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 30-10-2009, nº 1034/2009, rec. 201/2009, Pte: Pijuan Canadell, José María.
- ✓ EDJ 2009/325983, AP de La Rioja, sec. 1ª, S 13-11-2009, nº 217/2009, rec. 388/2009, Pte: Sáenz de Jubera Higuero, Beatriz.
- ✓ EDJ 2009/351780, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 10-12-2009, nº 838/2009, rec. 142/2009, Pte: Navarro Blasco, Eduardo.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2009/361692, AP de Madrid, sec. 7ª, S 16-12-2009, nº 1086/2009, rec. 333/2009, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa.
- ✓ EDJ 2009/372835, AP de Sevilla, sec. 3ª, S 17-12-2009, nº 631/2009, rec. 3717/2009, Pte: Holgado Merino, José Manuel.
- ✓ EDJ 2010/216613, AP de Málaga, sec. 3ª, S 8-1-2010, nº 14/2010, rec. 262/2009, Pte: Prieto Macías, Carlos.
- ✓ EDJ 2010/45663, AP de Baleares, sec. 1ª, S 12-1-2010, nº 5/2010, rec. 163/2008, Pte: Izquierdo Téllez, Carlos.
- ✓ EDJ 2010/34631, AP de Madrid, sec. 15ª, S 27-1-2010, nº 19/2010, rec. 9/2010, Pte: Molinari López-Recuero, Alberto.
- ✓ EDJ 2010/46395, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 4-2-2010, nº 125/2010, rec. 5/2010, Pte: Alfonso Laso, Daniel de.
- ✓ EDJ 2010/49246, AP de Madrid, sec. 16ª, S 19-2-2010, nº 94/2010, rec. 17/2010, Pte: Gurrera Roig, Matilde.
- ✓ EDJ 2010/311376, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 19-2-2010, nº 53/2010, rec. 27/2010, Pte: Vielba Escobar, Carlos.
- ✓ EDJ 2010/48181, AP de Cuenca, sec. 1ª, S 3-3-2010, nº 16/2010, rec. 127/2009, Pte: Vicente de Gregorio, Marta.
- ✓ EDJ 2010/396224, AP de Málaga, sec. 1ª, S 15-3-2010, nº 88/2010, rec. 45/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael.
- ✓ EDJ 2010/177514, AP de Alicante, sec. 3ª, S 24-3-2010, nº 205/2010, rec. 240/2008, Pte: Esquivia Bartolomé, Mª Margarita.

- ✓ EDJ 2010/396474, AP de Málaga, sec. 1ª, S 19-4-2010, nº 243/2010, rec. 105/2010, Pte: Linares Aranda, Rafael.
- ✓ EDJ 2010/96709, AP de Madrid, sec. 2ª, S 20-4-2010, nº 168/2010, rec. 79/2010, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2010/249119, AP de Vizcaya, sec. 1ª, S 23-4-2010, nº 313/2010, rec. 161/2010, Pte: Mora Sánchez, Juan Miguel.
- ✓ EDJ 2010/119259, AP de Murcia, sec. 2ª, S 27-4-2010, nº 75/2010, rec. 78/2010, Pte: Castaño Penalva, Álvaro.
- ✓ EDJ 2010/134312, AP de Baleares, sec. 2ª, S 4-5-2010, nº 176/2010, rec. 112/2010, Pte: Yllanes Suárez, Juan Pedro.
- ✓ EDJ 2010/170511, AP de Castellón, sec. 2ª, S 17-5-2010, nº 202/2010, rec. 195/2010, Pte: Gómez Santana, Eloisa.
- ✓ EDJ 2010/249886, AP de Vizcaya, sec. 2ª, S 19-5-2010, nº 386/2010, rec. 230/2010, Pte: Ayala García, Juan Mateo.
- ✓ EDJ 2010/376678, AP de Granada, sec. 1ª, S 28-5-2010, nº 352/2010, rec. 124/2010, Pte: Flores Domínguez, Jesús.
- ✓ EDJ 2010/145453, AP de Albacete, sec. 1ª, S 4-6-2010, nº 81/2010, rec. 7/2010, Pte: Mateos Rodríguez, Manuel.
- ✓ EDJ 2010/197095, AP de Cádiz, sec. 1ª, S 8-6-2010, nº 132/2010, rec. 70/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2010/174147, AP de Madrid, sec. 23ª, S 16-6-2010, nº 772/2010, rec. 221/2009, Pte: Riera Ocariz, Adoración María.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2010/184070, AP de Málaga, sec. 7ª, S 28-6-2010, nº 59/2010, rec. 41/2010, Pte: Benítez Yébenes, Juan R.
- ✓ EDJ 2010/195004, AP de Málaga, sec. 7ª, S 8-7-2010, nº 68/2010, rec. 58/2010, Pte: Giner Gutiérrez, Diego.
- ✓ EDJ 2010/229464, AP de Sevilla, sec. 7ª, S 29-7-2010, nº 360/2010, rec. 3844/2010, Pte: Jiménez Mantecón, Esperanza.
- ✓ EDJ 2010/227229, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 1-9-2010, nº 743/2010, rec. 137/2010, Pte: Assalit Vives, José María.
- ✓ EDJ 2010/270412, AP de Ciudad Real, sec. 2ª, S 20-9-2010, nº 85/2010, rec. 199/2010, Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V.
- ✓ EDJ 2010/282140, AP de Madrid, sec. 17ª, S 28-9-2010, nº 1045/2010, rec. 217/2010, Pte: Brobia Varona, Rosa.
- ✓ EDJ 2010/322703, AP de Jaén, sec. 2ª, S 4-10-2010, nº 133/2010, rec. 91/2010, Pte: Morales Ortega, Rafael.
- ✓ EDJ 2010/377180, AP de Granada, sec. 1ª, S 8-10-2010, nº 562/2010, rec. 236/2010, Pte: Ginel Pretel, Rosa María.
- ✓ EDJ 2010/270023, AP de Badajoz, sec. 1ª, S 15-10-2010, nº 120/2010, rec. 358/2010, Pte: Madrigal Martínez de Pereda, Matías.
- ✓ EDJ 2010/367201, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 18-10-2010, nº 536/2010, rec. 47/2009, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2010/296931, AP de Madrid, sec. 29ª, S 21-10-2010, nº 303/2010, rec. 252/2010, Pte: Ferrer Pujol, Francisco Buenaventura.

- ✓ EDJ 2010/348972, AP de Alicante, sec. 3ª, S 26-10-2010, nº 682/2010, rec. 120/2009, Pte: Ojeda Domínguez, Mª Dolores.
- ✓ EDJ 2010/328738, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 26-10-2010, nº 849/2010, rec. 207/2010, Pte: Planchat Teruel, José María.
- ✓ EDJ 2010/348989, AP de Alicante, sec. 3ª, S 5-11-2010, nº 703/2010, rec. 317/2009, Pte: Bru Azuar, Francisca.
- ✓ EDJ 2010/313633, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 9-11-2010, nº 258/2010, rec. 256/2010, Pte: Ruiz Ramo, José.
- ✓ EDJ 2010/330130, AP de Lleida, sec. 1ª, S 10-11-2010, nº 384/2010, rec. 160/2010, Pte: Jiménez Márquez, Lucía.
- ✓ EDJ 2010/337974, AP de Tarragona, sec. 2ª, S 18-11-2010, nº 540/2010, rec. 851/2010, Pte: Montardit Chica, Mª Concepción.
- ✓ EDJ 2010/316948, AP de Madrid, sec. 6ª, S 24-11-2010, nº 441/2010, rec. 233/2010, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier.
- ✓ EDJ 2010/361749, AP de Vizcaya, sec. 1ª, S 25-11-2010, nº 888/2010, rec. 554/2010, Pte: Goenaga Olaizola, Reyes.
- ✓ EDJ 2010/306413, AP de Huesca, sec. 1ª, S 30-11-2010, nº 166/2010, rec. 1/2010, Pte: García Castillo, José Tomás.
- ✓ EDJ 2010/317163, AP de Madrid, sec. 16ª, S 1-12-2010, nº 739/2010, rec. 343/2010, Pte: Agueda Holgueras, Carlos.
- ✓ EDJ 2010/347812, AP de Valencia, sec. 2ª, S 1-12-2010, nº 783/2010, rec. 343/2010, Pte: Hernández Rueda, Mª Dolores.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2010/402594, AP de Cádiz, sec. 1ª, S 3-12-2010, nº 343/2010, rec. 152/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2010/356780, AP de Vizcaya, sec. 6ª, S 15-12-2010, nº 1086/2010, rec. 730/2010, Pte: Arévalo Lassa, José Ignacio.
- ✓ EDJ 2010/314778, AP de Cáceres, sec. 2ª, S 23-12-2010, nº 412/2010, rec. 765/2010, Pte: Cano-Maillo Rey, Pedro V.
- ✓ EDJ 2011/395951, AP de Cádiz, sec. 1ª, S 10-1-2011, nº 4/2011, rec. 199/2010, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2011/180277, AP de Vizcaya, sec. 6ª, S 10-1-2011, nº 22/2011, rec. 717/2010, Pte: Gil Hernández, Ángel.
- ✓ EDJ 2011/149874, AP de Málaga, sec. 9ª, S 13-1-2011, nº 18/2011, rec. 3/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio.
- ✓ EDJ 2011/29569, AP de Barcelona, sec. 3ª, S 19-1-2011, nº 45/2011, rec. 6/2011, Pte: Grau Gasso, José.
- ✓ EDJ 2011/27692, AP de Valencia, sec. 2ª, S 3-2-2011, nº 94/2011, rec. 12/2011. Pte: Tomás Tío, José María.
- ✓ EDJ 2011/68359, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 18-2-2011, nº 159/2011, rec. 28/2010, Pte: Llarena Conde, Pablo.
- ✓ EDJ 2011/44479, AP de Madrid, sec. 16ª, S 28-2-2011, nº 90/2011, rec. 44/2011, Pte: Cubero Flores, Francisco David.
- ✓ EDJ 2011/141836, AP de Las Palmas, sec. 2ª, S 4-3-2011, nº 60/2011, rec. 304/2010, Pte: Acosta González, Nicolás.

- ✓ EDJ 2011/330742, AP de Almería, sec. 1ª, S 11-3-2011, nº 85/2011, rec. 14/2011, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco.
- ✓ EDJ 2011/81976, AP de Madrid, sec. 30ª, S 16-3-2011, nº 96/2011, rec. 370/2010, Pte: Oliván Lacasta, Pilar.
- ✓ EDJ 2011/117572, AP de Valencia, sec. 2ª, S 28-3-2011, nº 292/2011, rec. 92/2011, Pte: Guardiola García, Javier.
- ✓ EDJ 2011/111316, AP de Castellón, sec. 2ª, S 29-3-2011, nº 145/2011, rec. 190/2011, Pte: Antón Blanco, José Luis.
- ✓ EDJ 2011/81331, AP de Madrid, sec. 17ª, S 4-4-2011, nº 147/2011, rec. 4/2011, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis.
- ✓ EDJ 2011/90664, AP de Lleida, sec. 1ª, S 15-4-2011, nº 138/2011, rec. 53/2011, Pte: Chesa Celma, Eva María
- ✓ EDJ 2011/97224, AP de Burgos, sec. 1ª, S 2-5-2011, nº 153/2011, rec. 37/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel.
- ✓ EDJ 2011/145094, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 9-5-2011, nº 315/2011, rec. 62/2011, Pte: Ingelmo Fernández, Ana.
- ✓ EDJ 2011/213610, AP de Málaga, sec. 9ª, S 11-5-2011, nº 266/2011, rec. 99/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio.
- ✓ EDJ 2011/206858, AP de Sevilla, sec. 7ª, S 19-5-2011, nº 237/2011, rec. 3156/2011. Pte: Romeo Laguna, Juan.
- ✓ EDJ 2011/186956, AP de Valencia, sec. 3ª, S 3-6-2011, nº 404/2011, rec. 189/2011, Pte: Sanz Díaz, Lucía.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2011/164084, AP de Barcelona, sec. 3ª, S 6-6-2011, nº 495/2011, rec. 96/2011, Pte: Grau Gasso, José.
- ✓ EDJ 2011/388118, AP de Málaga, sec. 1ª, S 7-6-2011, nº 383/2011, rec. 164/2011, Pte: Linares Aranda, Rafael.
- ✓ EDJ 2011/244452, AP de Córdoba, sec. 3ª, S 9-6-2011, nº 165/2011, rec. 325/2011, Pte: Moreno Gómez, Felipe Luis.
- ✓ EDJ 2011/247845, AP de Huelva, sec. 2ª, S 6-7-2011, nº 92/2011, rec. 197/2011, Pte: Bodega de Val, Andrés.
- ✓ EDJ 2011/392617, AP de Córdoba, sec. 3ª, S 23-9-2011, nº 235/2011, rec. 466/2011, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula.
- ✓ EDJ 2011/286876, AP de Granada, sec. 1ª, S 7-10-2011, nº 553/2011, rec. 159/2011, Pte: Ginel Pretel, Rosa María.
- ✓ EDJ 2011/255736, AP de Albacete, sec. 2ª, S 11-10-2011, nº 264/2011, rec. 145/2011, Pte: González Carrasco, María del Carmen.
- ✓ EDJ 2011/385361, AP de Cantabria, sec. 3ª, S 14-10-2011, nº 463/2011, rec. 347/2011, Pte: Campelo Iglesias, Esteban.
- ✓ EDJ 2011/261916, AP de Barcelona, sec. 3ª, S 14-10-2011, nº 850/2011, rec. 179/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús.
- ✓ EDJ 2011/261929, AP de Barcelona, sec. 3ª, S 19-10-2011, nº 861/2011, rec. 194/2011, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús.
- ✓ EDJ 2011/317552, AP de Madrid, sec. 23ª, S 19-10-2011, nº 1080/2011, rec. 242/2010, Pte: Riera Ocariz, María.

- ✓ EDJ 2011/386379, AP de Alicante, sec. 10ª, S 21-10-2011, nº 388/2011, rec. 40/2011, Pte: Martínez Marfil, Javier.
- ✓ EDJ 2011/321036, AP de Madrid, sec. 16ª, S 28-10-2011, nº 638/2011, rec. 341/2011, Pte: Hidalgo Abia, Miguel.
- ✓ EDJ 2011/355279, AP de Málaga, sec. 9ª, S 31-10-2011, nº 541/2011, rec. 193/2011, Pte: Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Julio.
- ✓ EDJ 2011/303333, AP de Toledo, sec. 2ª, S 17-11-2011, nº 45/2011, rec. 21/2010, Pte: Carrión Matamoros, Alfonso.
- ✓ EDJ 2011/338234, AP de Cádiz, sec. 4ª, S 24-11-2011, nº 366/2011, rec. 116/2011, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2012/320888, AP de Castellón, sec. 1ª, S 30-11-2012, nº 460/2012, rec. 762/2012, Pte: Garrido Sancho, Pedro Luis.
- ✓ EDJ 2011/303702, AP de Baleares, sec. 2ª, S 13-12-2011, nº 274/2011, rec. 345/2011, Pte: Calderón Susín, Eduardo.
- ✓ EDJ 2011/346015, AP de Cáceres, sec. 2ª, S 14-12-2011, nº 427/2011, rec. 756/2011, Pte: Pérez Aparicio, Valentín.
- ✓ EDJ 2011/313177, AP de Badajoz, sec. 1ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco.
- ✓ EDJ 2011/339823, AP de Sevilla, sec. 1ª, S 27-12-2011, nº 601/2011, rec. 7614/2011, Pte: Sánchez García, Mª Dolores.
- ✓ EDJ 2012/99178, AP de Vizcaya, sec. 1ª, S 17-1-2012, nº 42/2012, rec. 273/2011, Pte: Sanz Iruretagoyena, Juan Manuel.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2012/7443, AP de Toledo, sec. 2ª, S 19-1-2012, nº 5/2012, rec. 85/2011, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la.
- ✓ EDJ 2012/8647, AP de Madrid, sec. 2ª, S 23-1-2012, nº 25/2012, rec. 346/2011, Pte: Esteban Meilán, María del Rosario.
- ✓ EDJ 2012/349888, AP de Almería, sec. 2ª, S 27-1-2012, nº 34/2012, rec. 136/2011, Pte: Ruiz-Rico y Ruiz-Morón, Juan.
- ✓ EDJ 2012/31901, AP de Barcelona, sec. 2ª, S 30-1-2012, nº 91/2012, rec. 28/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda.
- ✓ EDJ 2012/98553, AP de Álava, sec. 2ª, S 14-2-2012, nº 52/2012, rec. 9/2012, Pte: Poncela García, Jesús Alfonso.
- ✓ EDJ 2012/356730, AP de Córdoba, sec. 1ª, S 14-2-2012, nº 107/2012, rec. 38/2012, Pte: Villamor Montoro, Pedro Roque.
- ✓ EDJ 2012/86783, AP de Valencia, sec. 5ª, S 17-2-2012, nº 94/2012, rec. 27/2012, Pte: Ferrer Tárrega, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2012/68217, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 6-3-2012, nº 245/2012, rec. 227/2011, Pte: Planchat Teruel, José María.
- ✓ EDJ 2012/119783, AP de Sevilla, sec. 3ª, S 6-3-2012, nº 119/2012, rec. 5230/2011, Pte: Márquez Romero, Ángel.
- ✓ EDJ 2012/49618, AP de Madrid, sec. 2ª, S 9-3-2012, nº 134/2012, rec. 39/2012, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2012/358580, AP de Málaga, sec. 1ª, S 9-3-2012, nº 221/2012, rec. 86/2012, Pte: Bueno Meilán, Diego.

- ✓ EDJ 2012/52860, AP de Zaragoza, sec. 6ª, S 12-3-2012, nº 82/2012, rec. 46/2012, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso.
- ✓ EDJ 2012/60937, AP de Madrid, sec. 17ª, S 13-3-2012, nº 406/2012, rec. 262/2011, Pte: Ventura Faci, Ramiro.
- ✓ EDJ 2012/62401, AP de Barcelona, sec. 8ª, S 21-3-2012, nº 205/2012, rec. 41/2012, Pte: Barrientos Pacho, Jesús María.
- ✓ EDJ 2012/68246, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 22-3-2012, nº 316/2012, rec. 29/2012, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda.
- ✓ EDJ 2012/112531, AP de Las Palmas, sec. 6ª, S 26-4-2012, nº 96/2012, rec. 63/2012, Pte: Goizueta Adame, José Luis.
- ✓ EDJ 2012/91940, AP de León, sec. 3ª, S 2-5-2012, nº 299/2012, rec. 169/2011, Pte: Peñín del Palacio, Manuel Ángel.
- ✓ EDJ 2012/173539, AP de Valencia, sec. 3ª, S 3-5-2012, nº 327/2012, rec. 92/2011, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan.
- ✓ EDJ 2012/120627, AP de Zaragoza, sec. 6ª, S 8-5-2012, nº 169/2012, rec. 110/2012, Pte: Larrosa Ibáñez, Ivana Mª.
- ✓ EDJ 2012/245286, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 6ª, S 10-5-2012, nº 75/2012, rec. 10/2012, Pte: González González, José Luis.
- ✓ EDJ 2012/267394, AP de Cádiz, sec. 4ª, S 14-5-2012, nº 146/2012, rec. 66/2012, Pte: Feliz Martínez, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2012/215038, AP de Málaga, sec. 2ª, S 29-5-2012, nº 303/2012, rec. 96/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2012/142089, AP de Madrid, sec. 16ª, S 31-5-2012, nº 428/2012, rec. 9/2012, Pte: Brobia Varona, Rosa.
- ✓ EDJ 2012/143712, AP de Madrid, sec. 6ª, S 1-6-2012, nº 229/2012, rec. 280/2011, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier.
- ✓ EDJ 2012/359349, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 8-6-2012, nº 248/2012, rec. 1390/2011, Pte: Barbarín Urquiaga, Mª Josefa.
- ✓ EDJ 2012/179922, AP de Madrid, sec. 7ª, S 18-6-2012, nº 578/2012, rec. 90/2012, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa.
- ✓ EDJ 2012/200458, AP de Valencia, sec. 3ª, S 25-6-2012, nº 485/2012, rec. 229/2012, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan.
- ✓ EDJ 2012/281686, AP de Barcelona, sec. 2ª, S 25-6-2012, nº 658/2012, rec. 180/2012, Pte: Figueras Izquierdo, Aurora.
- ✓ EDJ 2012/175688, AP de Barcelona, sec. 3ª, S 4-7-2012, nº 594/2012, rec. 130/2012, Pte: Valle Esqués, Fernando.
- ✓ EDJ 2012/181831, AP de Barcelona, sec. 8ª, S 6-7-2012, nº 473/2012, rec. 100/2012, Pte: Barrientos Pacho, Jesús María.
- ✓ EDJ 2012/179952, AP de Madrid, sec. 7ª, S 16-7-2012, nº 657/2012, rec. 44/2012, Pte: Acevedo Frías, Ángela Ascensión.
- ✓ EDJ 2012/204740, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 5-9-2012, nº 285/2012, rec. 686/2012, Pte: Trebolle Fernández, Feliciano.
- ✓ EDJ 2012/208341, AP de Murcia, sec. 5ª, S 11-9-2012, nº 217/2012, rec. 410/2012, Pte: Nicolás Manzanares, José Manuel.

- ✓ EDJ 2012/224596, AP de Madrid, sec. 6ª, S 12-9-2012, nº 348/2012, rec. 388/2011, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús.
- ✓ EDJ 2012/275839, AP de Jaén, sec. 2ª, S 17-9-2012, nº 123/2012, rec. 99/2012, Pte: Morales Ortega, Rafael.
- ✓ EDJ 2012/211057, AP de Murcia, sec. 5ª, S 18-9-2012, nº 222/2012, rec. 290/2012, Pte: Soria Fernández-Mayoralas, Matías Manuel.
- ✓ EDJ 2012/237987, AP de Madrid, sec. 30ª, S 27-9-2012, nº 377/2012, rec. 388/2011, Pte: Fernández Soto, Ignacio José.
- ✓ EDJ 2012/275047, AP de Valencia, sec. 3ª, S 27-9-2012, nº 673/2012, rec. 316/2012; Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2012/276860, AP de Valencia, sec. 3ª, S 4-10-2012, nº 695/2012, rec. 312/2012, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan.
- ✓ EDJ 2012/275339, AP de Baleares, sec. 1ª, S 10-10-2012, nº 263/2012, rec. 97/2012, Pte: Díaz Sastre, Cristina.
- ✓ EDJ 2012/379875, AP de Cádiz, sec. 1ª, S 16-10-2012, nº 323/2012, rec. 189/2012, Pte: Gracia Sanz, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2012/240994, AP de Madrid, sec. 1ª, S 18-10-2012, nº 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María.
- ✓ EDJ 2012/370252, AP de Málaga, sec. 3ª, S 24-10-2012, nº 575/2012, rec. 297/2012, Pte: Prieto Macías, Carlos.
- ✓ EDJ 2012/280763, AP de Madrid, sec. 29ª, S 25-10-2012, nº 402/2012, rec. 326/2012, Pte: Valdecabres Ortiz, Mª Isabel.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2012/288923, AP de Madrid, sec. 1ª, S 26-10-2012, nº 442/2012, rec. 295/2012, Pte: Álvaro López, Mª Cruz.
- ✓ EDJ 2012/345441, AP de Málaga, sec. 2ª, S 26-10-2012, nº 542/2012, rec. 232/2012, Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco.
- ✓ EDJ 2012/277039, AP de Valladolid, sec. 4ª, S 6-11-2012, nº 452/2012, rec. 878/2012, Pte: Ruiz Romero, José Luis.
- ✓ EDJ 2012/280842, AP de Madrid, sec. 30ª, S 8-11-2012, nº 483/2012, rec. 7/2012, Pte: Oliván Lacasta, Pilar.
- ✓ EDJ 2012/316252, AP de La Coruña, sec. 2ª, S 16-11-2012, nº 442/2012, rec. 996/2012, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2012/349487, AP de Sevilla, sec. 7ª, S 16-11-2012, nº 588/2012, rec. 5671/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan.
- ✓ EDJ 2012/291067, AP de Madrid, sec. 6ª, S 19-11-2012, nº 515/2012, rec. 255/2012, Pte: González Rivero, Mª del Pilar.
- ✓ EDJ 2012/320888, AP de Castellón, sec. 1ª, S 30-11-2012, nº 460/2012, rec. 762/2012, Pte: Garrido Sancho, Pedro Luis.
- ✓ EDJ 2012/289672, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 3-12-2012, nº 397/2012, rec. 998/2012, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la.
- ✓ EDJ 2012/330288, AP de Cádiz, sec. 6ª, S 5-12-2012, nº 162/2012, rec. 46/2012, Pte: Tesón Martín, Fernando.
- ✓ EDJ 2012/329255, AP de Lleida, sec. 1ª, S 14-12-2012, nº 413/2012, rec. 135/2012, Pte: Segura Sancho, Francisco.

- ✓ EDJ 2012/318684, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 17-12-2012, nº 418/2012, rec. 1045/2012, Pte: Trebolle Fernández, Feliciano.
- ✓ EDJ 2012/317432, AP de Murcia, sec. 5ª, S 18-12-2012, nº 316/2012, rec. 477/2012, Pte: Larrosa Amante, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2012/358137, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 20-12-2012, nº 1054/2012, rec. 301/2012, Pte: Ingelmo Fernández, Ana.
- ✓ EDJ 2013/4349, AP de Madrid, sec. 6ª, S 9-1-2013, nº 2/2013, rec. 496/2012, Pte: Abad Crespo, Julián.
- ✓ EDJ 2013/19604, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 21-1-2013, nº 6/2013, rec. 1032/2012, Pte: Pizarro García, Fernando.
- ✓ EDJ 2013/9259, AP de Baleares, sec. 2ª, S 22-1-2013, nº 10/2012, rec. 283/2012, Pte: Ordoñez Delgado, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2013/14125, AP de Madrid, sec. 16ª, S 22-1-2013, nº 41/2013, rec. 22/2013, Pte: Cubero Flores, Francisco David.
- ✓ EDJ 2013/124653, AP de Huelva, sec. 3ª, S 25-1-2013, nº 16/2013, rec. 30/2013, Pte: Méndez Burguillo, José María.
- ✓ EDJ 2013/55600, AP de Valencia, sec. 3ª, S 28-1-2013, nº 49/2013, rec. 19/2013, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan.
- ✓ EDJ 2013/47557, AP de Barcelona, sec. 2ª, S 6-2-2013, nº 120/2013, rec. 320/2012, Pte: Figueras Izquierdo, Aurora.
- ✓ EDJ 2013/30991, AP de Madrid, sec. 1ª, S 7-2-2013, nº 62/2013, rec. 404/2012, Pte: Porres Ortiz de Urbina, Eduardo de.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2013/98752, AP de Jaén, sec. 3ª, S 14-2-2013, nº 32/2013, rec. 12/2013, Pte: Passolas Morales, Jesús María.
- ✓ EDJ 2013/37430, AP de Madrid, sec. 7ª, S 18-2-2013, nº 135/2013, rec. 472/2012, Pte: Molino Romera, Ana Mercedes del.
- ✓ EDJ 2013/59976, AP de Girona, sec. 4ª, S 18-2-2013, nº 151/2013, rec. 859/2012, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa.
- ✓ EDJ 2013/316614, AP de Almería, sec. 1ª, S 22-2-2013, nº 37/2013, rec. 358/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco.
- ✓ EDJ 2013/135866, AP de Córdoba, sec. 3ª, S 25-2-2013, nº 69/2013, rec. 121/2013, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula.
- ✓ EDJ 2013/29949, AP de La Coruña, sec. 1ª, S 25-2-2013, nº 83/2013, rec. 1249/2012, Pte: Picatoste Sueiras, Ignacio Alfredo.
- ✓ EDJ 2013/230856, AP de Cantabria, sec. 3ª, S 1-3-2013, nº 89/2013, rec. 36/2013, Pte: Aldecoa Álvarez-Santullano, Paz.
- ✓ EDJ 2013/73378, AP de Salamanca, sec. 1ª, S 6-3-2013, nº 20/2013, rec. 138/2012, Pte: Vega Bravo, José Antonio.
- ✓ EDJ 2013/102454, AP de Sevilla, sec. 7ª, S 19-3-2013, nº 108/2013, rec. 10322/2012, Pte: Romeo Laguna, Juan.
- ✓ EDJ 2013/73100, AP de Madrid, sec. 23ª, S 20-3-2013, nº 311/2013, rec. 8/2013, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo.
- ✓ EDJ 2013/74491, AP de Madrid, sec. 29ª, S 21-3-2013, nº 105/2013, rec. 33/2013, Pte: Delgado Martín, Joaquín.

- ✓ EDJ 2013/60352, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 22-3-2013, nº 131/2013, rec. 76/2013, Pte: García Sánchez, Mª Jesús.
- ✓ EDJ 2013/76759, AP de Madrid, sec. 17ª, S 2-4-2013, nº 414/2013, rec. 55/2013, Pte: Lamela Díaz, Carmen.
- ✓ EDJ 2013/104120, AP de Madrid, sec. 4ª, S 8-4-2013, nº 42/2013, rec. 74/2012, Pte: Pestana Pérez, Mario.
- ✓ EDJ 2013/87589, AP de Madrid, sec. 15ª, S 8-4-2013, nº 335/2013, rec. 113/2013, Pte: Fraile Coloma, Carlos.
- ✓ EDJ 2013/81890, AP de Huesca, sec. 1ª, S 10-4-2013, nº 69/2013, rec. 21/2013, Pte: García Castillo, José Tomás.
- ✓ EDJ 2013/107452, AP de Vizcaya, sec. 6ª, S 11-4-2013, nº 90166/2013, rec. 48/2013, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane.
- ✓ EDJ 2013/99421, AP de Valladolid, sec. 4ª, S 22-4-2013, nº 179/2013, rec. 228/2013, Pte: González Cuartero, María Teresa.
- ✓ EDJ 2013/90098, AP de Madrid, sec. 3ª, S 23-4-2013, nº 203/2013, rec. 151/2013, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza.
- ✓ EDJ 2013/294826, AP de Málaga, sec. 1ª, S 25-4-2013, nº 226/2013, rec. 45/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael.
- ✓ EDJ 2013/137679, AP de Valencia, sec. 2ª, S 25-4-2013, nº 358/2013, rec. 10/2013, Pte: Ortega Lorente, José Manuel.
- ✓ EDJ 2013/90082, AP de Madrid, sec. 3ª, S 26-4-2013, nº 216/2013, rec. 158/2013, Pte: Hernández Moreno, Jesús María.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2013/110682, AP de Barcelona, sec. 8ª, S 26-4-2013, nº 294/2013, rec. 29/2013, Pte: Roa Nonide, Alejandro.
- ✓ EDJ 2013/161719, AP de Castellón, sec. 2ª, S 9-5-2013, nº 168/2013, rec. 88/2013, Pte: Altares Medina, Pedro Javier.
- ✓ EDJ 2013/223642, AP de Cantabria, sec. 1ª, S 9-5-2013, nº 207/2013, rec. 374/2013, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis.
- ✓ EDJ 2013/90363, AP de Madrid, sec. 16ª, S 9-5-2013, nº 334/2013, rec. 174/2013, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano.
- ✓ EDJ 2013/111743, AP de Pontevedra, sec. 5ª, S 14-5-2013, nº 227/2013, rec. 1129/2012, Pte: Fariña Conde, Victoria Eugenia.
- ✓ EDJ 2013/312578, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 17-5-2013, nº 138/2013, rec. 1025/2013, Pte: Hoyos Moreno, Jorge Juan.
- ✓ EDJ 2013/312568, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 24-5-2013, nº 158/2013, rec. 1204/2012, Pte: Maeso Ventureira, Augusto.
- ✓ EDJ 2013/107785, AP de Badajoz, sec. 3ª, S 30-5-2013, nº 144/2013, rec. 203/2013, Pte: Calderón Martín, Juana.
- ✓ EDJ 2013/223651, AP de Cantabria, sec. 1ª, S 7-6-2013, nº 250/2013, rec. 417/2013, Pte: López del Moral Echeverría, José Luis.
- ✓ EDJ 2013/242510, AP de Málaga, sec. 9ª, S 12-6-2013, nº 335/2013, rec. 75/2013, Pte: Sánchez Marín, Beatriz.
- ✓ EDJ 2013/204112, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 13-6-2013, nº 610/2013, rec. 150/2013, Pte: Rodríguez Santamaría, Ana.

- ✓ EDJ 2013/133449, AP de Asturias, sec. 2ª, S 14-6-2013, nº 257/2013, rec. 42/2013, Pte: García-Braga Pumarada, Julio.
- ✓ EDJ 2013/137184, AP de La Coruña, sec. 2ª, S 14-6-2013, nº 395/2013, rec. 607/2013, Pte: Barrientos Monge, Luis.
- ✓ EDJ 2013/146919, AP de Madrid, sec. 30ª, S 17-6-2013, nº 313/2013, rec. 248/2012, Pte: Fernández Soto, Ignacio José.
- ✓ EDJ 2013/136954, AP de Baleares, sec. 1ª, S 25-6-2013, nº 190/2013, rec. 14/2013, Pte: Cameselle Montis, Ana María.
- ✓ EDJ 2013/148570, AP de Valencia, sec. 5ª, S 25-6-2013, nº 402/2013, rec. 89/2013, Pte: Rojo Beltrán, Pilar Esther.
- ✓ EDJ 2013/132603, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 26-6-2013, nº 250/2013, rec. 340/2013, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la.
- ✓ EDJ 2013/316835, AP de Almería, sec. 1ª, S 5-7-2013, nº 186/2013, rec. 499/2012, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco.
- ✓ EDJ 2013/190299, AP de Alicante, sec. 2ª, S 11-7-2013, nº 374/2013, rec. 20/2013, Pte: Gayarre Andrés, Mª Eugenia.
- ✓ EDJ 2013/151470, AP de Burgos, sec. 1ª, S 15-7-2013, nº 341/2013, rec. 116/2013, Pte: Muñoz Quintana, Mª Teresa.
- ✓ EDJ 2013/159701, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 22-7-2013, nº 162/2013, rec. 156/2013, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2013/220746, AP de Valencia, sec. 2ª, S 4-9-2013, nº 663/2013, rec. 115/2013, Pte: Tomás Tío, José María.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2013/189864, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 6-9-2013, nº 403/2013, rec. 695/2013, Pte: Paredes Sánchez, Fernando.
- ✓ EDJ 2013/276224, AP de Madrid, sec. 15ª, S 9-9-2013, nº 642/2013, rec. 278/2012, Pte: Pelluz Robles, Luis Carlos.
- ✓ EDJ 2013/181527, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 13-9-2013, nº 323/2013, rec. 689/2013, Pte: Pizarro García, Fernando.
- ✓ EDJ 2013/217899, AP de Alicante, sec. 2ª, S 16-9-2013, nº 466/2013, rec. 28/2013, Pte: Ubeda de los Cobos, Julio José.
- ✓ EDJ 2013/194523, AP de Valencia, sec. 2ª, S 16-9-2013, nº 639/2013, rec. 160/2013, Pte: Hernández Rueda, Mª Dolores.
- ✓ EDJ 2013/202347, AP de Jaén, sec. 3ª, S 19-9-2013, nº 179/2013, rec. 80/2013, Pte: Passolas Morales, Jesús María.
- ✓ EDJ 2013/209253, AP de Guipúzcoa, sec. 1ª, S 20-9-2013, nº 237/2013, rec. 1109/2013, Pte: Barbarín Urquiaga, María Josefa.
- ✓ EDJ 2013/189837, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 20-9-2013, nº 458/2013, rec. 732/2013, Pte: Astor Landete, Joaquín.
- ✓ EDJ 2013/222709, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 20-9-2013, nº 858/2013, rec. 89/2013, Pte: Ramírez Ortiz, José Luis.
- ✓ EDJ 2013/198475, AP de Pontevedra, sec. 5ª, S 23-9-2013, nº 454/2013, rec. 269/2013, Pte: Fariña Conde, Victoria Eugenia.
- ✓ EDJ 2013/265913 AP de Zaragoza, sec. 6ª, S 24-9-2013, nº 261/2013, rec. 176/2013, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso.

- ✓ EDJ 2013/185760, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 25-9-2013, nº 344/2013, rec. 758/2013, Pte: Sol Rodríguez, Lourdes del.
- ✓ EDJ 2013/316925, AP de Almería, sec. 1ª, S 1-10-2013, nº 296/2013, rec. 108/2013, Pte: Martínez Clemente, Laureano Francisco.
- ✓ EDJ 2013/223713, AP de Cantabria, sec. 1ª, S 7-10-2013, nº 381/2013, rec. 485/2013, Pte: Sagüillo Tejerina, Ernesto.
- ✓ EDJ 2013/276264, AP de Madrid, sec. 15ª, S 7-10-2013, nº 712/2013, rec. 376/2013, Pte: Fraile Coloma, Carlos.
- ✓ EDJ 2013/249897, AP de Girona, sec. 4ª, S 11-10-2013, nº 637/2013, rec. 162/2013, Pte: Iglesias Carrera, Mª Teresa.
- ✓ EDJ 2013/296178, AP de Alicante, sec. 3ª, S 15-10-2013, nº 538/2013, rec. 210/2013, Pte: Bru Azuar, Francisca.
- ✓ EDJ 2013/298747, AP de Granada, sec. 1ª, S 30-10-2013, nº 550/2013, rec. 143/2012, Pte: Flores Domínguez, Jesús.
- ✓ EDJ 2013/286420, AP de Barcelona, sec. 2ª, S 5-11-2013, nº 1022/2013, rec. 195/2013, Pte: Iglesias Martín, José Carlos.
- ✓ EDJ 2013/248145, AP de Barcelona, sec. 8ª, S 7-11-2013, nº 759/2013, rec. 154/2013, Pte: Cámara Martínez, Isabel.
- ✓ EDJ 2013/313470, AP de Castellón, sec. 1ª, S 15-11-2013, nº 345/2013, rec. 723/2013, Pte: Juan Sanjosé, Rafael Juan.
- ✓ EDJ 2013/304917, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 19-11-2013, nº 1046/2013, rec. 289/2013, Pte: Díez Noval, Pablo.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2013/286417, AP de Barcelona, sec. 2ª, S 19-11-2013, nº 1063/2013, rec. 285/2013, Pte: Iglesias Martín, José Carlos.
- ✓ EDJ 2013/298944, AP de Granada, sec. 1ª, S 20-11-2013, nº 626/2013, rec. 55/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María.
- ✓ EDJ 2013/288481, AP de Madrid, sec. 30ª, S 25-11-2013, nº 560/2013, rec. 447/2012 Pte: Oliván Lacasta, Pilar.
- ✓ EDJ 2013/289927, AP de Madrid, sec. 17ª, S 27-11-2013, nº 1551/2013, rec. 364/2011, Pte: Ventura Faci, Ramiro.
- ✓ EDJ 2013/287519, AP de Madrid, sec. 1ª, S 19-12-2013, nº 572/2013, rec. 423/2013, Pte: Porres Ortiz de Urbina, Eduardo de.
- ✓ EDJ 2013/289612, AP de Madrid, sec. 16ª, S 26-12-2013, nº 862/2013, rec. 390/2013, Pte: Herrero Enguita, Sagrario.
- ✓ EDJ 2014/12482, AP de Madrid, sec. 17ª, S 3-1-2014, nº 5/2014, rec. 381/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús.
- ✓ EDJ 2014/26856, AP de Valencia, sec. 3ª, S 7-1-2014, nº 15/2014, rec. 386/2013, Pte: Melero Villacañas-Lagranja, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2014/10440, AP de Madrid, sec. 3ª, S 8-1-2014, nº 1/2014, rec. 439/2013, Pte: Abad Arroyo, Pilar.
- ✓ EDJ 2014/26747, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, S 13-1-2014, nº 8/2014, rec. 621/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos.
- ✓ EDJ 2014/101203, AP de Vizcaya, sec. 2ª, S 13-1-2014, nº 90012/2014, rec. 190/2013, Pte: Ayo Fernández, Manuel.

- ✓ EDJ 2014/46138, AP de Valencia, sec. 5ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 77/2013, Pte: Goded Herrero, Beatriz.
- ✓ EDJ 2014/58557, AP de Castellón, sec. 2ª, S 16-1-2014, nº 21/2014, rec. 668/2013, Pte: Altares Medina, Pedro Javier.
- ✓ EDJ 2014/24267, AP de Málaga, sec. 1ª, S 17-1-2014, nº 19/2014, rec. 195/2013, Pte: Linares Aranda, Rafael.
- ✓ EDJ 2014/10169, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 27-1-2014, nº 63/2014, rec. 252/2013, Pte: Jiménez Jiménez, Mª Magdalena.
- ✓ EDJ 2014/188200, AP de Girona, sec. 3ª, S 31-1-2014, nº 71/2014, rec. 1148/2013, Pte: Capdevila Salvat, Carmen.
- ✓ EDJ 2014/27988, AP de Barcelona, sec. 2ª, S 3-2-2014, nº 87/2014, rec. 7/2014, Pte: Magaldi Paternostro, María José.
- ✓ EDJ 2014/43639, AP de Castellón, sec. 1ª, S 6-2-2014, nº 48/2014, rec. 988/2013, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos.
- ✓ EDJ 2014/58502, AP de Castellón, sec. 1ª, S 14-2-2014, nº 62/2014, rec. 1025/2013, Pte: Solaz Solaz, Esteban.
- ✓ EDJ 2014/22830, AP de Burgos, sec. 1ª, S 17-2-2014, nº 60/2014, rec. 9/2014, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel.
- ✓ EDJ 2014/29724, AP de Madrid, sec. 3ª, S 18-2-2014, nº 47/2014, rec. 31/2014, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza.
- ✓ EDJ 2014/30432, AP de Madrid, sec. 17ª, S 20-2-2014, nº 278/2014, rec. 445/2013, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2014/60835, AP de Cádiz, sec. 8ª, S 21-2-2014, nº 59/2014, rec. 120/2013, Pte: González Castrillón, María del Carmen.
- ✓ EDJ 2014/33806, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 24-2-2014, nº 60/2014, rec. 71/2014, Pte: Pizarro García, Fernando.
- ✓ EDJ 2014/29870, AP de Madrid, sec. 15ª, S 24-2-2014, nº 131/2014, rec. 43/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos.
- ✓ EDJ 2014/35307, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 25-2-2014, nº 63/2014, rec. 158/2014, Pte: Sol Rodríguez, María de Lourdes.
- ✓ EDJ 2014/30469, AP de Madrid, sec. 23ª, S 26-2-2014, nº 239/2014, rec. 165/2013, Pte: Rodríguez Padrón, Celso.
- ✓ EDJ 2014/296206, AP de Málaga, sec. 3ª, S 3-3-2014, nº 89/2014, rec. 45/2014, Pte: Sánchez Marín, Beatriz.
- ✓ EDJ 2014/38136, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 4-3-2014, nº 29/2014, rec. 26/2014, Pte: Ruiz Ramo, José.
- ✓ EDJ 2014/58524, AP de Castellón, sec. 1ª, S 5-3-2014, nº 94/2014, rec. 5/2014, Pte: Solaz Solaz, Esteban.
- ✓ EDJ 2014/36029, AP de Madrid, sec. 6ª, S 5-3-2014, nº 118/2014, rec. 405/2013, Pte: Abad Crespo, Julián.
- ✓ EDJ 2014/36001, AP de Madrid, sec. 6ª, S 6-3-2014, nº 119/2014, rec. 230/2013, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel.
- ✓ EDJ 2014/47368, AP de Madrid, sec. 30ª, S 7-3-2014, nº 147/2014, rec. 155/2013, Pte: Quintana San Martín, Rosa Mª.

- ✓ EDJ 2014/50727, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 7-3-2014, nº 212/2014, rec. 28/2014, Pte: Martínez Zapater, Luis Fernando.
- ✓ EDJ 2014/53568, AP de Madrid, sec. 15ª, S 10-3-2014, nº 152/2014, rec. 63/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos.
- ✓ EDJ 2014/91080, AP de Huelva, sec. 1ª, S 14-3-2014, nº 74/2014, rec. 312/2013, Pte: García García, Santiago.
- ✓ EDJ 2014/53581, AP de Madrid, sec. 15ª, S 17-3-2014, nº 156/2014, rec. 284/2013, Pte: Pelluz Robles, Luis Carlos.
- ✓ EDJ 2014/90046, AP de Madrid, sec. 2ª, S 19-3-2014, nº 160/2014, rec. 19/2014, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2014/199682, AP de Cádiz, sec. 1ª, S 28-3-2014, nº 98/2014, rec. 3/2014, Pte: Morillo Ballesteros, Mª Oliva.
- ✓ EDJ 2014/103115, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 31-3-2014, nº 84/2014, rec. 82/2012, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2014/296148, AP de Málaga, sec. 3ª, S 7-4-2014, nº 151/2014, rec. 85/2014, Pte: García Gutiérrez, Francisco Javier ();
- ✓ EDJ 2014/75066, AP de Málaga, sec. 7ª, S 8-4-2014, nº 24/2014, rec. 25/2014, Pte: Santos Peñalver, Mariano.
- ✓ EDJ 2014/102261, AP de Vizcaya, sec. 2ª, S 9-4-2014, nº 90145/2014, rec. 55/2014, Pte: Pisonero del Pozo Riesgo, Elsa.
- ✓ EDJ 2014/81823, AP de Madrid, sec. 1ª, S 10-4-2014, nº 173/2014, rec. 449/2013, Pte: Benito López, Alejandro María.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2014/81826, AP de Madrid, sec. 1ª, S 11-4-2014, nº 179/2014, rec. 297/2013, Pte: Casado Pérez, José María.
- ✓ EDJ 2014/158869, AP de Madrid, sec. 6ª, S 11-4-2014, nº 225/2014, rec. 63/2013, Pte: Rodríguez González-Palacios, Pedro Javier.
- ✓ EDJ 2014/133649, AP de La Coruña, sec. 2ª, S 21-4-2014, nº 231/2014, rec. 1814/2013, Pte: Barrientos Monge, Luis.
- ✓ EDJ 2014/83167, AP de Madrid, sec. 16ª, S 23-4-2014, nº 299/2014, rec. 557/2014, Pte: Hidalgo Abia, Miguel.
- ✓ EDJ 2014/116686, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 6ª, S 25-4-2014, nº 202/2014, rec. 267/2014, Pte: Santana Rodríguez, Aurelio.
- ✓ EDJ 2014/95935, AP de Barcelona, sec. 8ª, S 30-4-2014, nº 337/2014, rec. 338/2013, Pte: Barrientos Pacho, Jesús María.
- ✓ EDJ 2014/133701, AP de La Coruña, sec. 2ª, S 5-5-2014, nº 281/2014, rec. 1355/2013, Pte: Taboada Caseiro, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2014/110053, AP de Córdoba, sec. 3ª, S 9-5-2014, nº 221/2014, rec. 503/2014, Pte: Sánchez Zamorano, Francisco de Paula.
- ✓ EDJ 2014/116712, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 6ª, S 12-5-2014, nº 231/2014, rec. 344/2014, Pte: Casado Portilla, Ana Esmeralda.
- ✓ EDJ 2014/132202, AP de La Coruña, sec. 1ª, S 21-5-2014, nº 318/2014, rec. 1645/2013, Pte: Lamazares López, Lucía.
- ✓ EDJ 2014/154566, AP de Madrid, sec. 15ª, S 26-5-2014, nº 390/2014, rec. 682/2014, Pte: Pelluz Robles, Luis Carlos.

- ✓ EDJ 2014/181488, AP de Granada, sec. 1ª, S 28-5-2014, nº 321/2014, rec. 316/2013, Pte: Ginel Pretel, Rosa María.
- ✓ EDJ 2014/99999, AP de Valladolid, sec. 4ª, S 3-6-2014, nº 254/2014, rec. 507/2014, Pte: Blas García, Javier de.
- ✓ EDJ 2014/112636, AP de Toledo, sec. 1ª, S 5-6-2014, nº 55/2014, rec. 34/2014, Pte: Suárez Sánchez, Urbano.
- ✓ EDJ 2014/137318, AP de Sevilla, sec. 1ª, S 11-6-2014, nº 355/2014, rec. 6903/2013, Pte: Echavarri García, Mª Auxiliadora.
- ✓ EDJ 2014/175875, AP de Alicante, sec. 2ª, S 12-6-2014, nº 321/2014, rec. 19/2014, Pte: Navarro García, Montserrat.
- ✓ EDJ 2014/159299, AP de Madrid, sec. 17ª, S 17-6-2014, nº 692/2014, rec. 599/2014, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús.
- ✓ EDJ 2014/196266, AP de Almería, sec. 1ª, S 20-6-2014, nº 189/2014, rec. 408/2013, Pte: Molina Romero, Lourdes.
- ✓ EDJ 2014/112561, AP de Salamanca, sec. 1ª, S 25-6-2014, nº 71/2014, rec. 117/2013, Pte: González Clavijo, José Ramón.
- ✓ EDJ 2014/163620, AP de Madrid, sec. 23ª, S 25-6-2014, nº 642/2014, rec. 461/2013, Pte: Callejo Hernánz, Gregorio María.
- ✓ EDJ 2014/141246, AP de Salamanca, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 73/2014, rec. 38/2014, Pte: García Pérez, Juan Jacinto.
- ✓ EDJ 2014/175158, AP de Huelva, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 211/2014, rec. 214/2014, Pte: García Valdecasas y García Valdecasas, Luis.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2014/154264, AP de Lleida, sec. 1ª, S 26-6-2014, nº 254/2014, rec. 116/2014, Pte: Jiménez Márquez, Lucía.
- ✓ EDJ 2014/153815, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 8-7-2014, rec. 169/2014, Pte: Díez Noval, Pablo.
- ✓ EDJ 2014/152429, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 14-7-2014, rec. 100/2014, Pte: Jiménez Jiménez, Mª Magdalena.
- ✓ EDJ 2014/222644, AP de Granada, sec. 1ª, S 16-7-2014, nº 449/2014, rec. 337/2013, Pte: Barrales León, María de las Maravillas.
- ✓ EDJ 2014/195768, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 17-7-2014, nº 329/2014, rec. 635/2014, Pte: Astor Landete, Joaquín.
- ✓ EDJ 2014/174594, AP de Valencia, sec. 3ª, S 24-7-2014, nº 536/2014, rec. 251/2014, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan.
- ✓ EDJ 2014/183642, AP de Tarragona, sec. 2ª, S 5-9-2014, nº 352/2014, rec. 428/2014 Pte: Uceda Sales, Sara.
- ✓ EDJ 2014/166484, AP de Baleares, sec. 2ª, S 10-9-2014, nº 225/2014, rec. 310/2014, Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego.
- ✓ EDJ 2014/218385, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 17-9-2014, nº 766/2014, rec. 198/2014, Pte: Martínez Zapater, Luis Fernando.
- ✓ EDJ 2014/209906, AP de Madrid, sec. 17ª, S 25-9-2014, nº 884/2014, rec. 1117/2014, Pte: Sánchez Trujillano, José Luis.
- ✓ EDJ 2014/208531, AP de Madrid, sec. 3ª, S 3-10-2014, nº 562/2014, rec. 1448/2014, Pte: Abad Arroyo, Pilar.

- ✓ EDJ 2014/209831, AP de Madrid, sec. 15ª, S 6-10-2014, nº 764/2014, rec. 1383/2014, Pte: Fraile Coloma, Carlos.
- ✓ EDJ 2014/218573, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 6-10-2014, nº 960/2014, rec. 210/2014, Pte: Cámara Martínez, Isabel.
- ✓ EDJ 2014/210046, AP de Murcia, sec. 5ª, S 8-10-2014, nº 347/2014, rec. 60/2014, Pte: López Pujante, José Francisco.
- ✓ EDJ 2014/211825, AP de Valladolid, sec. 4ª, S 9-10-2014, nº 421/2014, rec. 859/2014, Pte: Martínez García, Ángel Santiago.
- ✓ EDJ 2014/263847, AP de Granada, sec. 1ª, S 9-10-2014, nº 550/2014, rec. 35/2014, Pte: Ginel Pretel, Rosa María.
- ✓ EDJ 2014/230738, AP de Madrid, sec. 2ª, S 27-10-2014, nº 684/2014, rec. 1351/2014, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2014/287225, AP de Alicante, sec. 10ª, S 29-10-2014, nº 531/2014, rec. 152/2014, Pte: Gómez-Angulo Rodríguez, Jesús.
- ✓ EDJ 2014/293088, AP de Barcelona, sec. 21ª, S 30-10-2014, nº 383/2014, rec. 132/2014, Pte: Ríos San Bernardo, Esmeralda.
- ✓ EDJ 2014/277240, AP de Salamanca, sec. 1ª, S 6-11-2014, nº 106/2014, rec. 72/2014, Pte: Fabián Caparrós, Eduardo Ángel.
- ✓ EDJ 2014/277698, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 11-11-2014, nº 199/2014, rec. 200/2014, Pte: Ruiz Ramo, José.
- ✓ EDJ 2014/255747, AP de Madrid, sec. 23ª, S 12-11-2014, nº 1091/2014, rec. 414/2014, Pte: Riera Ocariz, María.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2014/252436, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 13-11-2014, rec. 239/2014, Pte: Planchat Teruel, José María.
- ✓ EDJ 2014/275476, AP de Murcia, sec. 5ª, S 18-11-2014, nº 421/2014, rec. 94/2014, Pte: Soria Fernández-Mayoralas, Matías Manuel.
- ✓ EDJ 2014/244882, AP de Madrid, sec. 1ª, S 5-12-2014, nº 522/2014, rec. 1172/2014, Pte: Herrero Pérez, María del Carmen.
- ✓ EDJ 2014/277655, AP de Zaragoza, sec. 1ª, S 12-12-2014, nº 371/2014, rec. 276/2014, Pte: Arenere Bayo, Julio.
- ✓ EDJ 2014/281606, AP de Valencia, sec. 3ª, S 16-12-2014, nº 865/2014, rec. 383/2014, Pte: Rubido de la Torre, José Luis.
- ✓ EDJ 2014/263068, AP de Madrid, sec. 23ª, S 17-12-2014, nº 1213/2014, rec. 1809/2014, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo.
- ✓ EDJ 2015/36273, AP de Castellón, sec. 1ª, S 13-1-2015, nº 13/2015, rec. 967/2014, Pte: Domínguez Domínguez, Carlos.
- ✓ EDJ 2015/15362, AP de Madrid, sec. 7ª, S 15-1-2015, nº 21/2015, rec. 1775/2014, Pte: Aparicio Carril, Mª Luisa.
- ✓ EDJ 2015/55562, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 15-1-2015, nº 118/2015, rec. 291/2014, Pte: Planchat Teruel, José María.
- ✓ EDJ 2015/54291, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 16-1-2015, nº 33/2015, rec. 334/2014, Pte: Díez Noval, Pablo.
- ✓ EDJ 2015/11103, AP de Zaragoza, sec. 6ª, S 21-1-2015, nº 34/2015, rec. 5/2015, Pte: Lasala Albasini, Carlos.

- ✓ EDJ 2015/22101, AP de Madrid, sec. 7ª, S 26-1-2015, nº 55/2015, rec. 477/2013, Pte: García Quesada, Mª Teresa.
- ✓ EDJ 2015/58655, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 27-1-2015, nº 8/2015, rec. 1069/2013, Pte: Cabello Díaz, Inocencia Eugenia.
- ✓ EDJ 2015/23036, AP de Jaén, sec. 2ª, S 27-1-2015, nº 10/2015, rec. 143/2014, Pte: Passolas Morales, Jesús María.
- ✓ EDJ 2015/20050, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 28-1-2015, nº 19/2015, rec. 12/2015, Pte: Murillo y García Atance, Mauricio.
- ✓ EDJ 2015/15519, AP de Madrid, sec. 17ª, S 28-1-2015, nº 36/2015, rec. 1299/2014, Pte: Fernández Entralgo, Jesús.
- ✓ EDJ 2015/22042, AP de Madrid, sec. 6ª, S 3-2-2015, nº 73/2015, rec. 1653/2014, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús.
- ✓ EDJ 2015/52903, AP de Barcelona, sec. 6ª, S 3-2-2015, nº 172/2015, rec. 53/2014, Pte: Llarena Conde, Pablo.
- ✓ EDJ 2015/20062, AP de Zaragoza, sec. 3ª, S 6-2-2015, nº 4/2015, rec. 62/2014, Pte: Ruiz Ramo, José.
- ✓ EDJ 2015/67512, AP de Jaén, sec. 2ª, S 10-2-2015, nº 25/2015, rec. 90/2015, Pte: Regidor Martínez, Saturnino.
- ✓ EDJ 2015/80202, AP de Granada, sec. 1ª, S 12-2-2015, nº 89/2015, rec. 189/2014, Pte: Barrales León, María de las Maravillas.
- ✓ EDJ 2015/58707, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 13-2-2015, nº 31/2015, rec. 1048/2014, Pte: Alemán Almeida, Secundino.

- ✓ EDJ 2015/30641, AP de Madrid, sec. 16ª, S 23-2-2015, nº 146/2015, rec. 291/2015, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano.
- ✓ EDJ 2015/27317, AP de Madrid, sec. 6ª, S 25-2-2015, nº 145/2015, rec. 1821/2014, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel.
- ✓ EDJ 2015/35113, AP de Madrid, sec. 1ª, S 26-2-2015, nº 93/2015, rec. 1236/2014, Pte: Casado Pérez, José María.
- ✓ EDJ 2015/54604, AP de Barcelona, sec. 9ª, S 26-2-2015, nº 199/2015, rec. 173/2014, Pte: Torras Coll, José María.
- ✓ EDJ 2015/39081, AP de Madrid, sec. 15ª, S 2-3-2015, nº 154/2015, rec. 288/2015, Pte: Revuelta Iglesias, Ana Victoria.
- ✓ EDJ 2015/94940, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 5-3-2015, nº 180/2015, rec. 35/2015, Pte: Díez Noval, Pablo.
- ✓ EDJ 2015/47082, AP de Madrid, sec. 15ª, S 16-3-2015, nº 196/2015, rec. 398/2015, Pte: Pelluz Robles, Luis Carlos.
- ✓ EDJ 2015/45566, AP de Cuenca, sec. 1ª, S 17-3-2015, nº 50/2015, rec. 161/2014, Pte: Orea Albares, María Victoria.
- ✓ EDJ 2015/50237, AP de Murcia, sec. 2ª, S 17-3-2015, nº 124/2015, rec. 177/2013, Pte: Morales Limia, Augusto.
- ✓ EDJ 2015/76376, AP de Madrid, sec. 16ª, S 10-4-2015, nº 251/2015, rec. 544/2015, Pte: Ballesteros Martín, Javier Mariano.
- ✓ EDJ 2015/71973, AP de Madrid, sec. 16ª, S 14-4-2015, nº 264/2015, rec. 566/2015, Pte: Hidalgo Abia, Miguel.

- ✓ EDJ 2015/70831, AP de León, sec. 3ª, S 21-4-2015, nº 236/2015, rec. 308/2015, Pte: Mallo Mallo, Luis Adolfo.
- ✓ EDJ 2015/96795, AP de Lleida, sec. 1ª, S 22-4-2015, nº 150/2015, rec. 79/2015, Pte: García Navascues, Víctor Manuel.
- ✓ EDJ 2015/152595, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 24-4-2015, nº 97/2015, rec. 1001/2014, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2015/91360, AP de Madrid, sec. 16ª, S 27-4-2015, nº 307/2015, rec. 664/2015, Pte: Teijeiro Dacal, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2015/72998, AP de Madrid, sec. 23ª, S 28-4-2015, nº 302/2015, rec. 655/2015, Pte: Rodríguez Padrón, Celso.
- ✓ EDJ 2015/93463, AP de Asturias, sec. 3ª, S 29-4-2015, nº 170/2015, rec. 373/2015, Pte: Álvarez Rodríguez, Ana.
- ✓ EDJ 2015/106578, AP de Lleida, sec. 1ª, S 6-5-2015, nº 176/2015, rec. 96/2015, Pte: Segura Sancho, Francisco.
- ✓ EDJ 2015/97092, AP de Madrid, sec. 15ª, S 11-5-2015, nº 349/2015, rec. 469/2015, Pte: Molina Marín, Josefina.
- ✓ EDJ 2015/99582, AP de Madrid, sec. 23ª, S 12-5-2015, nº 358/2015, rec. 693/2015, Pte: Delgado Martín, Joaquín.
- ✓ EDJ 2015/104171, AP de Barcelona, sec. 9ª, S 12-5-2015, nº 431/2015, rec. 18/2015, Pte: Salcedo Velasco, Andrés.
- ✓ EDJ 2015/89943, AP de Toledo, sec. 1ª, S 14-5-2015, nº 53/2015, rec. 33/2015, Pte: Suárez Sánchez, Urbano.

- ✓ EDJ 2015/98373, AP de Madrid, sec. 1ª, S 14-5-2015, nº 213/2015, rec. 154/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena.
- ✓ EDJ 2015/106544, AP de Girona, sec. 4ª, S 14-5-2015, nº 277/2015, rec. 330/2015, Pte: García Morales, Adolfo.
- ✓ EDJ 2015/117850, AP de Vizcaya, sec. 2ª, S 15-5-2015, nº 90121/2015, rec. 19/2015, Pte: Martínez Sáinz, Mª José.
- ✓ EDJ 2015/104202, AP de Barcelona, sec. 9ª, S 20-5-2015, nº 466/2015, rec. 221/2014, Pte: Hernández Pascual, Julio.
- ✓ EDJ 2015/108064, AP de Jaén, sec. 3ª, S 25-5-2015, nº 181/2015, rec. 387/2015, Pte: Pérez Espino, Esperanza.
- ✓ EDJ 2015/105823, AP de Madrid, sec. 4ª, S 25-5-2015, nº 265/2015, rec. 543/2015, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín.
- ✓ EDJ 2015/139041, AP de Madrid, sec. 1ª, S 26-5-2015, nº 260/2015, rec. 47/2015, Pte: Benito López, Alejandro María.
- ✓ EDJ 2015/147231, AP de Madrid, sec. 1ª, S 29-5-2015, nº 229/2015, rec. 1652/2014, Pte: Perales Guilló, María Elena.
- ✓ EDJ 2015/103132, AP de Murcia, sec. 5ª, S 2-6-2015, nº 153/2015, rec. 15/2015, Pte: López Pujante, José Francisco.
- ✓ EDJ 2015/124342, AP de Barcelona, sec. 9ª, S 4-6-2015, nº 546/2015, rec. 277/2014, Pte: Salcedo Velasco, Andrés.
- ✓ EDJ 2015/113427, AP de Madrid, sec. 2ª, S 8-6-2015, nº 493/2015, rec. 117/2014, Pte: Sanz Altozano, Valentín Javier.

- ✓ EDJ 2015/125591, AP de Madrid, sec. 3ª, S 10-6-2015, nº 398/2015, rec. 884/2015, Pte: Rebollo Hidalgo, Rosa Esperanza.
- ✓ EDJ 2015/130517, AP de Barcelona, sec. 22ª, S 11-6-2015, nº 271/2015, rec. 64/2015, Pte: Solaz Ponsirenas, Juli.
- ✓ EDJ 2015/119494, AP de Cáceres, sec. 2ª, S 15-6-2015, nº 294/2015, rec. 643/2015, Pte: Pérez Aparicio, Valentín.
- ✓ EDJ 2015/119958, AP de Murcia, sec. 2ª, S 16-6-2015, nº 280/2015, rec. 47/2014, Pte: Roig Angosto, María Concepción.
- ✓ EDJ 2015/123443, AP de Murcia, sec. 3ª, S 17-6-2015, nº 274/2015, rec. 35/2015, Pte: Morales Limia, Augusto.
- ✓ EDJ 2015/125652, AP de Madrid, sec. 6ª, S 18-6-2015, nº 480/2015, rec. 683/2015, Pte: Fernández-Prieto González, José Manuel.
- ✓ EDJ 2015/151712, AP de Vizcaya, sec. 6ª, S 24-6-2015, nº 90266/2015, rec. 114/2015, Pte: San Miguel Bergaretxe, Miren Nekane.
- ✓ EDJ 2015/143995, AP de Madrid, sec. 30ª, S 29-6-2015, nº 537/2015, rec. 192/2015, Pte: Fernández Soto, Ignacio José.
- ✓ EDJ 2015/166044, AP de Sevilla, sec. 7ª, S 30-6-2015, nº 308/2015, rec. 889/2015, Pte: Jiménez Mantecón, Esperanza.
- ✓ EDJ 2015/141848, AP de Madrid, sec. 16ª, S 1-7-2015, nº 494/2015, rec. 1066/2015, Pte: Hidalgo Abia, Miguel.
- ✓ EDJ 2015/132667, AP de Toledo, sec. 2ª, S 2-7-2015, nº 87/2015, rec. 62/2015, Pte: Ochoa Vidaur, María Isabel.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2015/132509, AP de Murcia, sec. 5ª, S 7-7-2015, nº 193/2015, rec. 25/2015, Pte: López Pujante, José Francisco.
- ✓ EDJ 2015/139944, AP de Madrid, sec. 6ª, S 7-7-2015, nº 545/2015, rec. 936/2015, Pte: Serrano Gassent, Francisco Jesús.
- ✓ EDJ 2015/177195, AP de Sevilla, sec. 7ª, S 9-7-2015, nº 332/2015, rec. 10942/2014, Pte: Sáez Elegido, María de los Ángeles.
- ✓ EDJ 2015/137246, AP de Zaragoza, sec. 6ª, S 15-7-2015, nº 237/2015, rec. 153/2015, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso.
- ✓ EDJ 2015/159513, AP de Madrid, sec. 1ª, S 23-7-2015, nº 308/2015, rec. 624/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena.
- ✓ EDJ 2015/140842, AP de Madrid, sec. 2ª, S 28-7-2015, nº 691/2015, rec. 1137/2015, Pte: Compaired Plo, Mª del Carmen.
- ✓ EDJ 2015/156276, AP de Valladolid, sec. 2ª, S 30-7-2015, nº 217/2015, rec. 395/2015, Pte: Torre Aparicio, Miguel Ángel de la.
- ✓ EDJ 2015/255707, AP de Barcelona, sec. 7ª, S 2-9-2015, nº 641/2015, rec. 170/2015, Pte: Garcés Sesé, Gema.
- ✓ EDJ 2015/200585, AP de Barcelona, sec. 5ª, S 4-9-2015, nº 748/2015, rec. 173/2015, Pte: Massigoge Galbis, María Isabel.
- ✓ EDJ 2015/194734, AP de Barcelona, sec. 10ª, S 16-9-2015, nº 741/2015, rec. 173/2015, Pte: Planchat Teruel, José María.
- ✓ EDJ 2015/220791, AP de Valencia, sec. 3ª, S 22-9-2015, nº 649/2015, rec. 282/2015, Pte: Rodríguez Martínez, Lamberto Juan.

- ✓ EDJ 2015/245576, AP de Las Palmas, sec. 1ª, S 5-10-2015, nº 221/2015, rec. 29/2015, Pte: Marrero Francés, Ignacio.
- ✓ EDJ 2015/179954, AP de A Coruña, sec. 1ª, S 7-10-2015, nº 479/2015, rec. 650/2015, Pte: Lamazares López, María Lucía.
- ✓ EDJ 2015/210613, AP de Madrid, sec. 16ª, S 8-10-2015, nº 678/2015, rec. 1441/2015, Pte: Rubio Cabrero, Mª Teresa.
- ✓ EDJ 2015/203578, AP de Valladolid, sec. 4ª, S 16-10-2015, nº 331/2015, rec. 802/2015, Pte: Ruiz Romero, José Luis.
- ✓ EDJ 2015/210814, AP de Madrid, sec. 23ª, S 20-10-2015, nº 697/2015, rec. 1489/2015, Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo.
- ✓ EDJ 2015/203375, AP de Toledo, sec. 1ª, S 23-10-2015, nº 131/2015, rec. 52/2015, Pte: Ocariz Azaustre, Gema Adoración.
- ✓ EDJ 2015/250284, AP de Barcelona, sec. 9ª, S 27-10-2015, nº 821/2015, rec. 224/2014, Pte: Hernández Pascual, Julio.
- ✓ EDJ 2015/231792, AP de Madrid, sec. 17ª, S 28-10-2015, nº 723/2015, rec. 1579/2015, Pte: Toscano Tinoco, Juan José.
- ✓ EDJ 2015/252037, AP de Valencia, sec. 2ª, S 11-11-2015, nº 748/2015, rec. 59/2015, Pte: Fernández Hevia, María del Rosario.
- ✓ EDJ 2015/250806, AP de Madrid, sec. 3ª, S 4-12-2015, nº 783/2015, rec. 1153/2015, Pte: Abad Arroyo, Pilar.
- ✓ EDJ 2015/248127, AP de Madrid, sec. 1ª, S 10-12-2015, nº 504/2015, rec. 1524/2015, Pte: Perales Guilló, María Elena.

- ✓ EDJ 2015/261098, AP de Pontevedra, sec. 5ª, S 10-12-2015, nº 597/2015, rec. 962/2014, Pte: Fernández-Rivera González, María Paz.
- ✓ EDJ 2015/273425, AP de Cádiz, sec. 8ª, S 28-12-2015, nº 449/2015, rec. 76/2015, Pte: Rodríguez Bermúdez de Castro, Ignacio.
- ✓ EDJ 2016/39929, AP de Almería, sec. 3ª, S 28-1-2016, nº 55/2016, rec. 152/2015, Pte: Angulo González de Lara, Ignacio Francisco.
- ✓ EDJ 2016/17691, AP de Madrid, sec. 16ª, S 29-1-2016, nº 55/2016, rec. 107/2016, Pte: Teijeiro Dacal, Francisco Javier.

5.2.- Autos

- ✓ EDJ 2002/33896, AP de Córdoba, A 21-5-2002, nº 45/2002, rec. 66/2002, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2002/65249, AP de Girona, sec. 3ª, A 30-9-2002, nº 463/2002, rec. 360/2002, Pte: Capdevila Salvat, Carmen.
- ✓ EDJ 2003/72146, AP de Córdoba, sec. 2ª, A 6-6-2003, nº 92/2003, rec. 109/2003, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón.
- ✓ EDJ 2003/127249, AP de Cádiz, sec. 6ª, A 31-7-2003, nº 63/2003, rec. 50/2003, Pte: Baz Vázquez, Silvia.
- ✓ EDJ 2003/207066, AP de Soria, sec. 1ª, A 1-9-2003, nº 178/2003, rec. 102/2003, Pte: García Moreno, José Miguel.
- ✓ EDJ 2003/205741, AP de Ciudad Real, sec. 1ª, A 9-12-2003, nº 166/2003, rec. 169/2003, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María.
- ✓ EDJ 2004/11075, AP de Sevilla, sec. 1ª, A 10-2-2004, nº 67/2004, rec. 690/2004, Pte: Martín Rodríguez, Rosario.

- ✓ EDJ 2004/249531, AP de Castellón, sec. 3ª, A 9-11-2004, nº 314/2004, rec. 178/2004, Pte: Marco Cos, José Manuel.
- ✓ EDJ 2005/237931, AP de Almería, sec. 3ª, A 25-2-2005, nº 16/2005, rec. 5/2005, Pte: Martínez Abad, Jesús.
- ✓ EDJ 2005/175860, AP de Madrid, sec. 2ª, A 18-5-2005, nº 214/2005, rec. 457/2004, Pte: Polo García, Susana.
- ✓ EDJ 2005/91465, AP de Ciudad Real, sec. 1ª, A 15-6-2005, nº 141/2005, rec. 125/2005, Pte: Astray Chacón, María Pilar.
- ✓ EDJ 2005/303251, AP de Barcelona, sec. 6ª, A 26-7-2005, nº 466/2005, rec. 418/2005, Pte: Obach Martínez, Jorge.
- ✓ EDJ 2005/240696, AP de Madrid, sec. 4ª, A 3-11-2005, nº 548/2005, rec. 63/2005, Pte: Sánchez Yllera, Ignacio.
- ✓ EDJ 2005/285392, AP de Castellón, sec. 2ª, A 19-12-2005, nº 432/2005, rec. 327/2005, Pte: Antón Blanco, José Luis.
- ✓ EDJ 2005/236674, AP de Valladolid, sec. 2ª, A 19-12-2005, nº 482/2005, rec. 822/2005, Pte: Pizarro García, Fernando.
- ✓ EDJ 2006/4284, AP de Ciudad Real, sec. 1ª, A 19-1-2006, nº 13/2006, rec. 4/2006, Pte: Astray Chacón, María Pilar.
- ✓ EDJ 2006/330498, AP de Sevilla, sec. 4ª, A 27-1-2006, nº 67/2006, rec. 7592/2005, Pte: Paúl Velasco, José Manuel de.
- ✓ EDJ 2006/9790, AP de Cáceres, sec. 2ª, A 7-2-2006, nº 26/2006, rec. 52/2006, Pte: Cano-Maillo Rey, Pedro V.

ANEXO 1.- JURISPRUDENCIA

- ✓ EDJ 2006/108351, AP de Sevilla, sec. 3ª, A 15-3-2006, nº 112/2006, rec. 222/2006, Pte: Márquez Romero, Ángel.
- ✓ EDJ 2006/95710, AP de Madrid, sec. 17ª, A 11-5-2006, nº 419/2006, rec. 114/2006, Pte: Orteu Cebrián, Fernando.
- ✓ EDJ 2006/357599, AP de Sevilla, sec. 3ª, A 16-5-2006, nº 202/2006, rec. 6360/2005, Pte: Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, Luis.
- ✓ EDJ 2007/49607, AP de Madrid, sec. 5ª, A 29-1-2007, nº 379/2007, rec. 9/2007, Pte: Sainz de Robles Santa Cecilia, Cecilia.
- ✓ EDJ 2007/164674, AP de Segovia, sec. 1ª, A 17-5-2007, nº 62/2007, rec. 61/2007, Pte: García Moreno, José Miguel.
- ✓ EDJ 2007/208519, AP de Madrid, sec. 16ª, A 7-9-2007, nº 546/2007, rec. 394/2007, Pte: Cubero Flores, Francisco David.
- ✓ EDJ 2007/317120 AP de Huelva, sec. 1ª, A 21-11-2007, nº 115/2007, rec. 204/2007, Pte: Bellido Soria, Francisco.
- ✓ EDJ 2008/40326, AP de Zaragoza, sec. 1ª, A 22-2-2008, nº 194/2008, rec. 59/2008, Pte: Cantero Aríztegui, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2008/60144, AP de Madrid, sec. 1ª, A 14-3-2008, nº 156/2008, rec. 92/2008, Pte: Álvaro López, Mª Cruz.
- ✓ EDJ 2008/154653, AP de Toledo, sec. 1ª, A 11-4-2008, nº 54/2008, rec. 15/2008, Pte: Buceta Miller, Emilio.
- ✓ EDJ 2008/95628, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, A 25-4-2008, rec. 209/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier.

- ✓ EDJ 2008/87463, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, A 25-4-2008, rec. 210/2008, Pte: Mulero Flores, Francisco Javier.
- ✓ EDJ 2008/60274, AP de Madrid, sec. 2ª, A 30-4-2008, nº 37/2008, rec. 297/2006, Pte: López Chacón, María Jesús.
- ✓ EDJ 2008/208322, AP de Toledo, sec. 2ª, A 1-9-2008, nº 195/2008, rec. 32/2008, Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la.
- ✓ EDJ 2008/252280, AP de Sevilla, sec. 7ª, A 1-9-2008, nº 448/2008, rec. 4475/2008, Pte: González Fernández, Javier.
- ✓ EDJ 2008/324624, AP de Cuenca, sec. 1ª, A 11-11-2008, nº 162/2008, rec. 120/2008, Pte: Vicente de Gregorio, Marta.
- ✓ EDJ 2008/283974, AP de Barcelona, sec. 3ª, A 19-11-2008, nº 784/2008, rec. 716/2008, Pte: Grau Gasso, José.
- ✓ EDJ 2009/36774, AP de Madrid, sec. 17ª, A 9-2-2009, nº 145/2009, rec. 61/2009, Pte: Coronado Buitrago, María Jesús.
- ✓ EDJ 2009/87523, AP de Las Palmas, sec. 2ª, A 16-3-2009, nº 180/2009, rec. 187/2008, Pte: Verastegui Hernández, Mª del Pilar.
- ✓ EDJ 2009/89013, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, A 27-3-2009, rec. 2032/2007, Pte: Hernández Plasencia, José Ulises.
- ✓ EDJ 2009/146834, AP de Las Palmas, sec. 2ª, A 12-5-2009, nº 346/2009, rec. 387/2008, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2009/152015, AP de Castellón, sec. 2ª, A 28-5-2009, nº 171/2009, rec. 144/2009, Pte: Gómez Santana, Eloísa.
- ✓ EDJ 2009/153531, AP de Murcia, sec. 5ª, A 10-6-2009, nº 135/2009, rec. 200/2009, Pte: Larrosa Amante, Miguel Ángel.

- ✓ EDJ 2009/375307, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, A 22-12-2009, rec. 144/2009, Pte: Soriano Vela, Francisca.
- ✓ EDJ 2010/112099, AP de Zaragoza, sec. 6ª, A 16-4-2010, nº 153/2010, rec. 130/2010, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso.
- ✓ EDJ 2010/124488, AP de Barcelona, sec. 8ª, A 22-4-2010, rec. 95/2010, Pte: Mir Puig, Carlos.
- ✓ EDJ 2010/277721, AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, A 17-5-2010, nº 241/2010, rec. 482/2008, Pte: Requena Juliani, Jaime.
- ✓ EDJ 2010/129058, AP de Madrid, sec. 16ª, A 27-5-2010, nº 382/2010, rec. 370/2010, Pte: Perales Guilló, María Elena.
- ✓ EDJ 2010/330197, AP de Lleida, sec. 1ª, A 15-11-2010, nº 503/2010, rec. 362/2010, Pte: Juan Agustín, Mercè.
- ✓ EDJ 2011/39429, AP de Barcelona, sec. 6ª, A 14-2-2011, nº 133/2011, rec. 559/2010, Pte: Segura Cros, Bibiana.
- ✓ EDJ 2011/97257, AP de Burgos, sec. 1ª, A 9-5-2011, nº 282/2011, rec. 141/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel.
- ✓ EDJ 2011/199382, AP de Las Palmas, sec. 1ª, A 20-6-2011, nº 346/2011, rec. 17/2011, Pte: Parramon i Bregolat, Miguel Ángel.
- ✓ EDJ 2011/307061, AP de Madrid, sec. 15ª, A 30-9-2011, nº 623/2011, rec. 523/2011, Pte: Fraile Coloma, Carlos.
- ✓ EDJ 2012/59725, AP de Barcelona, sec. 21ª, A 12-1-2012, nº 58/2012, rec. 609/2011, Pte: Almeida Espallargas, Carlos.

- ✓ EDJ 2012/68157, AP de Barcelona, sec. 5ª, A 15-3-2012, nº 208/2012, rec. 739/2011, Pte: Guindulain Oliveras, Elena.
- ✓ EDJ 2012/173049, AP de Madrid, sec. 3ª, A 25-6-2012, nº 499/2012, rec. 455/2012, Pte: García Llamas, Juan Pelayo.
- ✓ EDJ 2012/302204, AP de Madrid, sec. 17ª, A 23-11-2012, nº 1523/2012, rec. 689/2012, Pte: Fernández Entralgo, Jesús.
- ✓ EDJ 2013/5991, AP de Madrid, sec. 17ª, A 4-1-2013, nº 10/2013, rec. 863/2012, Pte: Lamela Díaz, Carmen.
- ✓ EDJ 2013/319138, AP de Madrid, sec. 2ª, A 17-7-2013, nº 445/2013, rec. 497/2013, Pte: Martínez de Salinas Alonso, Luis.

6.- Juzgados de lo Penal

- ✓ EDJ 2000/112148, Juzgado de lo Penal nº 1, Barcelona, S 3-11-2000, nº autos 236/1998, Pte: Camarena Grau, Salvador.
- ✓ EDJ 2012/226877, Juzgado de lo Penal nº 2, Manresa, S 7-9-2012, nº autos 54/2012, Pte: Merino Rebollo, Alfonso.

**ANEXO 2.- RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS
REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

1.- Resoluciones de la DGRN. Registro Mercantil

- ✓ EDD 1946/40, Res. DGRN de 9 febrero 1946. Registro Mercantil.

2.- Resoluciones de la DGRN. Registro de la Propiedad

- ✓ EDD 1991/3366, Res. DGRN de 1 abril 1991. Registro de la Propiedad.
- ✓ EDD 1992/12076, Res. DGRN de 9 diciembre 1992. Registro de la Propiedad.
- ✓ EDD 1992/12145, Res. DGRN de 10 diciembre 1992. Registro de la Propiedad.
- ✓ EDD 1992/12204, Res. DGRN de 11 diciembre 1992. Registro de la Propiedad.
- ✓ EDD 2001/14363, Res. DGRN de 8 junio 2001, Registro de la Propiedad.

ANEXO 3.- FUENTES DE DERECHO HISTÓRICO Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

1.- Fuentes de Derecho Histórico

- ✓ *Código de Alarico II. Fragmentos de la “Ley Romana” de los visigodos conservados en un Códice Palimpsesto de la Catedral de León.* Proemio por Francisco de Cárdenas y Fidel Fita. Ed. Fundación Sánchez-Albornoz. León, 1991. (Reimpresión facsímil de la *Legis Romanae Wisigothorum. Fragmenta ex Codice Palimpsesto Sanctae Legionensis Ecclesiae. Protulit Illustravit ac sumptu publico. Edidit, Regia Historiae Academia Hispana. Matriti*, 1896).
- ✓ *Los Códigos españoles anotados y concordados. 12 Tomos.* Imprenta de Julián Peña. Antonio de San Martín, editor; 2ª edición. Madrid, 1872.
- ✓ *Código Penal de Carlos VII, por la gracia de Dios, Rey de España.* Edición oficial. Tolosa, en la imprenta real, 1875.

2.- Trabajos legislativos

2.1.- Código Penal

- ✓ *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal (Introducción de Fernando Ledesma Bartret, Ministro de Justicia).* Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 2ª edición. Madrid, 1984.
- ✓ *Anteproyecto de Código Penal 1992.* Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1992.
- ✓ *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992).* Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1992.

- ✓ *Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1992*. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1992.
- ✓ << Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial >> en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 11, año 1992.
- ✓ << Anteproyecto de Código Penal 1994, Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado >> en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*. CGPJ. Núm. 40, año 1994.
- ✓ *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1994)*. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1994.
- ✓ *Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1994*. Ed. Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1994.
- ✓ *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios. Tomos I-III*. Ed. Cortes Generales. Madrid, 1996.
- ✓ *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica le Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (16/07/2012)*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 2012.
- ✓ *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica le Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (octubre 2012)*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 2012.
- ✓ *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica le Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (03/04/2013)*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 2013.

2.2.- Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana

- ✓ *Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Seguridad Ciudadana (noviembre 2013).* Ed. Ministerio del Interior. Madrid, 2013.

2.3.- Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito

- ✓ *Anteproyecto de Ley de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito (24 de octubre de 2013).* Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 2014.
- ✓ *Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito (1 de agosto de 2014).* Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 2014.

2.4.- Ley de Seguridad Privada

- ✓ *Proyecto de Ley de Seguridad Privada.* Ed. Ministerio del Interior. Madrid, 2013.

ANEXO 4.- CIRCULARES, INSTRUCCIONES, CONSULTAS Y NOTAS DE SERVICIO DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y DE LAS FISCALÍAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1.- Circulares FGE

- ✓ *Circular 2/1980, de 14 de mayo, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, sobre la nueva regulación de la prisión preventiva.*
- ✓ *Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.*
- ✓ *Circular 4/2015, de 13 de julio de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.*

2.- Instrucciones

- ✓ *Instrucción Interna, Núm. 3/2001. Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 14 de mayo de 2001.*

3.- Consultas

- ✓ *Consulta 1/2008, de 28 de julio de 2008, de la Fiscalía General del Estado, acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre el agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del Código Penal. El Fiscal General del Estado.*

4.- Notas de servicio

- ✓ *Nota de Servicio. Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 20 de febrero de 1998.*

ANEXO 5.- INFORMES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y DEL CONSEJO FISCAL

1.- Informes del CGPJ

- ✓ *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito. Madrid, 31 de enero de 2014.*
- ✓ *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Madrid, 27 de marzo de 2014.*

1.1.- Votos particulares

- ✓ *Voto particular que formulan las Excmas. Sras. Vocales D^a Roser Bach Fabrego y D^a María Concepción Sáez Rodríguez al acuerdo adoptado en el punto I-19º del orden del día del Pleno del Consejo General del Poder Judicial celebrado el 31 de enero de 2014, por el que se aprobó el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito, y al que se han adheridos los/las Excmos/as. Srs/as. Vocales D. Álvaro Cuesta Martínez, D^a Clara Martínez de Careaga García, D. Rafael Mozo Muelas, D. Enrique Lucas Murillo de la Cueva, D^a Mercé Pigem Palmés. Madrid, 3 de febrero de 2014.*
- ✓ *Voto particular que emiten los Vocales del CGPJ, Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Mercé Pigem Palmés, al Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Madrid, 27 de marzo de 2014.*

2.- Informes del Consejo Fiscal

- ✓ *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 8 de enero de 2013.*

- ✓ *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Madrid, 22 de enero de 2014.*

**ANEXO 6.- ACUERDOS DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS ADOPTADOS EN
PLENOS NO JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y
AUDIENCIAS PROVINCIALES**

1.- Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del TS

- ✓ (5) Acuerdo de 15 de diciembre de 2000. Excusa absolutoria. Innecesariedad de convivencia entre hermanos (art. 268 CP)
- ✓ (23) Acuerdo de 1 de marzo de 2005. Excusa absolutoria. Relaciones estables de pareja (art. 268 CP).
- ✓ (26) Acuerdo de 12 de mayo de 2005. Consecuencias de la STC 63/05 para la aplicación de las disposiciones del CP referentes a la prescripción.
- ✓ (29) Acuerdo de 25 de octubre de 2005. ¿Es posible subsumir en la apropiación indebida las distracciones económicas realizadas sobre bienes gananciales por un cónyuge en perjuicio de otro?
- ✓ (33) Acuerdos de 25 de abril de 2006. Prescripción: Interrupción del plazo. Qué debe entenderse por procedimiento que se dirija contra el culpable.
- ✓ (42) Acuerdo de 30 de octubre de 2007. Delito continuado y los delitos patrimoniales. Penalidad.
- ✓ (43) Acuerdo de 27 de diciembre de 2007. Imposición de pena prevista en la ley y omitida por la acusación.
- ✓ (45) Acuerdo de 26 de febrero de 2008. Legalidad ordinaria. Interpretación. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre “los Albertos”, conocimiento y decisiones, en su caso.

- ✓ (49) Acuerdo de 16 de diciembre de 2008. Prescripción. Cómputo. Determinación correcta de la declaración en sentencia de la prescripción del delito.
- ✓ (51) Acuerdo de 26 de febrero de 2009 Recursos. Revisión: el cambio de doctrina constitucional no es un “hecho nuevo”. Alcance que debe darse a la doctrina constitucional posterior a la sentencia a revisar, en cuanto al acceso a la tutela judicial efectiva concernida por la pretensión de revisión.
- ✓ (58) Acuerdo de 26 de octubre de 2010. Criterio que debe adoptarse para el cómputo de la prescripción de un delito que contiene en su descripción normativa un tipo básico y otro subtipo agravado.
- ✓ *Acuerdos del Pleno Sala Segunda. Tribunal Supremo. Años 2000-2012. Actualización: Marzo 2013.* Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo.
- ✓ *Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional Sala de lo Penal Tribunal Supremo. Años 2000-2016. Actualización: Abril 2016.* Ed. Gabinete Técnico. Sala de lo Penal. Tribunal Supremo.

2.- Acuerdos AP

- ✓ Acuerdo de 11 de junio de 2010. Prescripción. Cómputo del plazo de prescripción sobre la pena impuesta o sobre la pena en abstracto.
- ✓ Acuerdo de 16 de Junio de 2011. Penas. Interrupción de la prescripción por solicitud de indulto o recurso de amparo ante Tribunal Constitucional.
- ✓ *Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Penal de la Audiencia Provincial de Madrid. Actualización: Octubre, 2011.* Ed. Audiencia Provincial de Madrid.

ANEXO 7.- ENLACES WEB¹⁴⁹⁴

1.- Recursos electrónicos relacionados con la ocupación de bienes inmuebles

- ✓ <http://www.alasbarricadas.org>
- ✓ <https://arquikunst.wordpress.com/2011/02/18/okupas-en-amsterdam/>
- ✓ <http://berlunes.com/berlin-esta-postokupada>
- ✓ <https://carlesvinyas.wordpress.com/tag/ocupaciones-no-conformes/>
- ✓ <https://carlesvinyas.wordpress.com/2012/01/04/okupas-neofascistas-casa-pound-el-caso-italiano-i/>
- ✓ <https://carlesvinyas.wordpress.com/2012/01/09/okupas-neofascistas-casa-pound-el-caso-italiano-ii/>
- ✓ <https://carlesvinyas.wordpress.com/2012/01/21/ocupaciones-no-conformes-en-espana-un-intento-de-equiparacion-a-europa/>
- ✓ <https://carlesvinyas.wordpress.com/2011/04/12/okupasneonazis/>
- ✓ <https://carlesvinyas.wordpress.com/2014/09/17/ocupaciones-patriotas-el-modelo-casa-pound-emerge-en-espana-i/>
- ✓ <http://enlucha.org/fullet/mayo-del-68-cuando-otro-mundo-fue-posible/#.VsRlxuQUXIU>
- ✓ http://es.metapedia.org/wiki/Hogar_Social_Madrid

¹⁴⁹⁴ Enlaces web vigentes a fecha 13 de junio de 2016.

- ✓ <http://info.nodo50.org/El-Estado-identifica-al-okupa-como.html>
- ✓ <http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es/>
- ✓ <https://old.squat.net/es/news/amsterdam250505.html>
- ✓ <http://paris.intersquat.org/>
- ✓ <http://punx.mforos.com/1048206/5338022-manual-okupa/>
- ✓ <http://www.burbuja.info/inmobiliaria/burbuja-inmobiliaria/140098-guia-practica-okupar-casa-2.html>
- ✓ <http://www.guisanteverdeproject.com/2014/06/berlin-contracultura-streetart-y-okupas.html>
- ✓ <http://www.lahaine.org>
- ✓ http://lahaine.org/pensamiento/casaokupa_encantada.htm
- ✓ <http://www.miguelangelmartinez.net/?Okupaciones-en-Paris-divisiones>
- ✓ <http://www.movimiento15m.org/>
- ✓ <http://www.okupatutambien.net/?p=1402>
- ✓ <http://www.sindominio.net/labiblio/web1/doc/okuberlin.htm>
- ✓ <http://www.squatter.org.uk/>
- ✓ <http://www.squatter.org.uk/resources/legal-warnings/legal-warning-pub/>
- ✓ https://15mpedia.org/wiki/Lista_de_centros_sociales

2.- Legislación comparada

- ✓ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2819.asp>
- ✓ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2010-320.html>
- ✓ https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122
- ✓ <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>
- ✓ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/20062/squatting-circular.pdf
- ✓ https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=35B4ADCE3ECFA828BA74FD09B8F5C4A3.tpdila07v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080618
- ✓ https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FDE0C3C728BDC5345FB0D83C1AA4DE5F.tpdila17v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160219
- ✓ <http://www.legislation.gov.uk/>
- ✓ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45/section/6>
- ✓ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/76>

3.- Otros recursos electrónicos

- ✓ *Memento Penal*. Lefebvre. El Derecho. <http://online.elderecho.com>
- ✓ Extranet-CGPJ. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial

ANEXO 8.- DICCIONARIOS

- ✓ *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. 70 volúmenes en 72 tomos, 10 apéndices, 37 suplementos, apéndice A-Z, índice 1934-1980 e índice 1934-1996. Ed Espasa-Calpe, S.A. Editores. Madrid, 1908-2013.
- ✓ *Diccionario Enciclopédico Abreviado*. 8 tomos, 3 apéndices. Ed. Espasa-Calpe, S.A., Editores. Madrid, 1957-1986.
- ✓ GARCÍA VALDÉS, C. (DIR.), VALAMAÑA OCHAITA, S., Y TÉLLEZ AGUILERA, A. (COORD.): *Diccionario de Ciencias Penales (Criminología, Derecho penal, Derecho penitenciario y Derecho procesal penal)*. Ed. Edisofer S.L., Libros jurídicos. Madrid, 2000.
- ✓ NICOLIELLO, N.: *Diccionario del Latín Jurídico. Vocablos, aforismos, reglas, brocardos y sinónimos latinos del lenguaje jurídico, con citas del Derecho positivo relacionadas con ellos, de la Argentina, Brasil, España, Portugal y Uruguay*. Ed. J.M. Bosch Editor y B. de F. Julio Cesar Faira-Editor. Barcelona, Montevideo, Buenos Aires, 1999.
- ✓ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Castellana reducido a un tomo para su más fácil uso*. Facsímil de la primera edición (1780). Introducción de Manuel Seco. Ed. Real Academia Española. Madrid, 1991.
- ✓ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*. Ed. Real Academia Española, 22ª edición, 2001.
- ✓ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 23ª edición, 2014. <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

RESUMEN

1.- Introducción-Objetivos

Presupuesto inexcusable de la ocupación pacífica de bienes inmuebles *ajenos* es el previo reconocimiento de la propiedad sobre los mismos. Aunque la propiedad está estrechamente ligada a la historia del hombre desde sus orígenes, la propiedad inmueble no pudo tener existencia, ni por ende la usurpación, mientras el hombre mantuvo una vida nómada. Desde entonces hasta hoy, la protección que el Derecho ha dispensado a la propiedad inmobiliaria, frente a los ataques no violentos a la misma (usurpación impropia) ha sido disímil: bien fijando como pena que los responsables mueran por ello, bien una sanción pecuniaria (en ocasiones vinculada a la utilidad reportada o al beneficio obtenido), o la mera restitución del inmueble a su legítimo poseedor.

El Código Penal de 1995 ha reintroducido la tipificación de la ocupación pacífica de bienes inmuebles para tutelar la propiedad inmobiliaria frente a los ataques subrepticios, clandestinos o realizados con fuerza en las cosas. La tipificación de esta conducta antisocial, y el reconocimiento de la propiedad como derecho constitucional, no han sido óbice para que exista una oposición por diversos operadores jurídicos a la aplicación de este precepto legal, una gran permisividad institucional a favor de la misma, y diversos intentos parlamentarios de derogación. Asimismo, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial se han planteado y acogido interpretaciones del precepto penal que suponen una derogación *de facto* del mismo.

La realidad social evidencia que la ocupación de bienes inmuebles, lejos de ser un fenómeno aislado y tendente a la eliminación se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años, ocasionando perjuicios a los titulares de los inmuebles ocupados y al resto de ciudadanos por los problemas de convivencia que generan en su entorno social (enganches ilegales de suministros, tráfico de sustancias estupefacientes...).

En este estado de cosas, los principales objetivos de este trabajo son, determinar:

- Si es necesario el mantenimiento de la tipificación de las ocupaciones pacíficas de bienes inmuebles y de su modalidad alternativa de permanecer en aquéllos contra la voluntad del titular, ante el incesante acrecentamiento de esta conducta antisocial.
- Si únicamente se tutela la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad; la posesión real de goce y disfrute efectivo socialmente manifestada; el patrimonio inmobiliario; u otros bienes jurídicos distintos además de éstos.
- Si la conducta es formalmente antijurídica, o formal y materialmente antijurídica.
- Si su tipificación es compatible con los principios propios del Derecho Penal: principios de intervención mínima, de carácter fragmentario, subsidiario, y de *ultima ratio*, que ha de tener presente el legislador a la hora de sancionar conductas merecedoras de reproche penal.
- Si se quiebran tales principios por la existencia de otros medios que el ordenamiento civil dispone para la tutela de la propiedad inmobiliaria y recuperación de la posesión sobre los mismos.
- Si las pretendidas vías de exclusión del Derecho penal (es decir la inaplicación de éste ante las conductas que no supongan un riesgo -ni lesión, ni peligro- para el bien jurídico protegido; las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales; y las ocupaciones de fincas abandonadas y en las que no exista una posesión socialmente manifiesta en virtud de la función social que desempeña la propiedad) son penalmente admisibles o por el contrario suponen una quiebra del principio de legalidad; irrogándose *de facto*, Jueces y Magistrados, funciones legislativas al despenalizar vía interpretativa un precepto penal con ocasión de la no aplicación del mismo.
- Si nos hallamos ante una conducta *mala in se*, o si por el contrario sería susceptible de catalogarse como *actos mala quia prohibita*.
- Si nos encontramos en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos (los llamados “delitos bagatelas” o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social) o si nos hallamos ante una tendencia de

sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos.

- Si es político legislativa y constitucionalmente admisible la bagatelización de la propiedad inmobiliaria protegiéndose exclusivamente mediante infracciones administrativas.
- Si existe diferencia entre el artículo 245.2 del CP y el 37.7 de la LOPSC, y en caso afirmativo establecer la diferencia entre ambos.

2.- Metodología

La investigación se ha llevado a cabo remontándonos en primer lugar a los orígenes del hombre y de la propiedad para estudiar cómo históricamente el Derecho ha reaccionado frente a los ataques a la propiedad inmobiliaria realizados sin violencia ni intimidación en las personas. Para ello se han consultado tanto manuales de historia, de historia de España, de historia del Derecho, compilaciones... como la sucesiva legislación existente en nuestra nación antes y después de la codificación, anteproyectos y proyectos de ley, así como los trabajos parlamentarios, e informes consultivos previos a su tramitación parlamentaria... Posteriormente hemos desgranado el artículo 245.2 del Código Penal analizando pormenorizadamente cada uno de sus elementos. Partiendo de una concepción finalista del delito se han examinado éstos, y ante la escasez de fuentes bibliográficas que trataran con exhaustividad la materia se ha acudido a los principios de la parte general del Derecho Penal para adecuarlos a la parte especial. En esa labor interpretativa se ha tratado de indagar y averiguar no sólo la *mens legislatoris*, es decir, el espíritu que en la ley encerró quien la dictó; sino también la *mens legis*, pues, conforme a la teoría objetiva de la interpretación, una vez que la ley existe se independiza de su autor, y su sentido es el que en sí objetivamente encierra. Según esta última teoría de interpretación de la norma, para encontrar la *mens legis*, el sentido que en sí encierra la norma, con independencia del que quiso darle su autor, lo más conveniente es acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues como dice el Profesor GARCÍA AMIGO “la jurisprudencia fija el sentido de la norma, salva contradicciones posibles del legislador... y es la mejor fuente de conocimiento del Derecho positivo”. La escasa, por no decir inexistente, jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a esta figura delictiva ha sido suplida por una pormenorizada

búsqueda de Jurisprudencia *menor* de la Audiencias Provinciales. Asimismo, se ha analizado desde un punto de vista sociológico y criminológico la acción de ocupar permitiéndonos hacer una diferenciación entre ocupas y okupas. También se ha reflejado el tratamiento legislativo que tiene esta conducta en el entorno europeo.

3.- Conclusiones-Resultados

En suma, la contribución y aspecto más relevante de esta tesis es la aportación de la adecuada justificación a la necesidad de tutelar penalmente la propiedad inmobiliaria que no constituya morada, frente a ataques subrepticios, clandestinos, o realizados mediante fuerza en las cosas, así como la correcta interpretación de las acciones de ocupar sin autorización debida y mantenerse contra la voluntad de su titular en los inmuebles ajenos; sobre la base de las siguientes conclusiones:

- La tipificación es necesaria para equiparar la protección de la propiedad rústica a la urbana, colmar una laguna legal, otorgar coherencia interna al Ordenamiento jurídico, y dar cumplimiento al principio de proporcionalidad de las penas.
- La tipificación es necesaria para tutelar no sólo el patrimonio inmobiliario, sino también el orden público y la seguridad del tráfico.
- La función social de la propiedad, desligada de la política social e intereses de la colectividad, no puede ser soporte para argüir la exclusión de la protección penal.
- Por ocupar no puede entenderse despojar físicamente al titular de su vinculación fáctica con el bien inmueble para subrogarse en su posición jurídica, pues ello sería usurpar; sino penetrar en el inmueble que no es propio, o sobre el que no se tiene derecho alguno, sin autorización debida, y que con esa conducta se perturbe a su legítimo ocupante en el pacífico disfrute del mismo.
- El estado de necesidad no puede convertirse en un subterfugio para dar lugar expansivamente a impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito.

ABSTRACT

PEACEFUL USURPATION OF REAL ESTATE

1.- Foreword-Objectives

The peaceful occupation of real estate that belongs to *others* cannot exist without the prior recognition that the property is owned by someone. Although property is closely connected to the origins of the history of mankind, real estate could not have existed, and therefore neither could usurpation, when men lived nomadically. From those times until today, the protection afforded by the Law to real estate, against the non-violent violation of such property (improper usurpation), has been dissimilar and actions have ranged from punishments such as the death penalty or monetary sanctions (at times linked to the reported profit or the earnings gained) to merely returning the property to its rightful owner.

The Spanish Criminal Code of 1995 has reintroduced the description of peaceful occupation of real estate to protect it in respect of surreptitious or clandestine violations or those intrusions with the use of force against property. The criminalisation of this antisocial behaviour, and the enshrinement of property as a constitutional right, have not prevented challenges by a series of legal entities against the application of this legal provision, widespread institutional permissiveness in this connection and a series of parliamentary bids seeking its repeal. Furthermore, in the scope of legal doctrine and jurisprudence, interpretations of the criminal provision have been proposed and accepted that represent a *de facto* repeal of the law.

Social reality shows that the occupation of property, far from being an isolated phenomenon that is disappearing, has risen exponentially in recent years, causing damage to the owners of the occupied properties and also to citizens at large due to related issues (illegal connections to utilities, drug trafficking, etc.).

This being the state of affairs, the main goals of this thesis are to analyse the following questions:

- If the criminalisation of the peaceful occupation of property should be maintained, together with remaining on such properties against the will of the owner, given the incessant growth of this antisocial behaviour.
- If protection should be provided to situations such as the continuous, permanent and stable possession over time; real possession based on effective enjoyment expressed socially; legally owned property; or other additional legal situations other than these.
- If this behaviour should be considered formally anti-legal or both formally and materially anti-legal.
- If criminalisation is compatible with the principles of Criminal Law. E.g.: principles of minimum intervention, the fragmentary and subsidiary character of Criminal law, and the *ultima ratio* principle, which have to be considered by lawmakers in sanctioning behaviour deserving criminal law punishment.
- If these principles fail due to the availability of other remedies provided by the civil system for the protection of property and the recovery of its possession.
- If its exclusion from Criminal Law (viz., through non-application when the behaviour does not pose a risk -damage or danger- to the protected legal precept; when occupation is temporary, transitional and occasional; abandoned properties in which there is no socially visible ownership by virtue of the social function fulfilled by the property) is admissible from a criminal law viewpoint or, instead, is it contrary to the principle of legality; with Judges seizing *de facto* law-making powers in using their interpretation to decriminalise a criminal law provision via non-application.
- If this behaviour is *mala in se* or could it be defined as *mala quia prohibita*.
- If we are in a context of social change with a trend towards the decriminalisation of certain actions (the so-called “petty offences” or behaviours which have ceased to be the subject of significant social reproach) or if we are witnessing a trend in the opposite direction, with

the criminalisation of violations in areas that have become more important due to changes on an axiological level.

- If it is politically, legislatively and constitutionally admissible to minimise the value of property by providing protection only through administrative sanctions.
- It there is a difference between Article 245.2 of the CP [Spanish Criminal Code] and Article 37.7 LOPSC [Organic Law on the Protection of the Safety of Citizens] and, if there is, establish the difference between the two.

2.- Methodology

The research has been completed firstly by looking back at the origins of mankind and property, and then studying how Law has reacted in respect of violations of property without violence or intimidation to persons. This has been achieved by exploring history textbooks, the history of Spain, the history of Law, compilations... in addition to the different laws available in our nation before and after codification, bills of law, as well as parliamentary proceedings and previous legal reviews... We have then unravelled article 245.2 of the Criminal Code and conducted an in-depth analysis of each of its concepts on the basis of a teleological approach to the offences. Given the scarcity of bibliographical resources that provide in-depth studies of the matter, general Criminal Law principles have been considered and then adjusted to special law. This interpretation process has sought to delve into and discover not only the *mens legislatoris*, that is, the spirit locked within the law by its maker; but, additionally, the *mens legis*, given that, in agreement with the objective interpretation theory, once a law has been enacted, it is released from its author, and its meaning is that objectively found therein. According to this last theory on the interpretation of legal rules, to find the *mens legis*, the meaning found within the rule itself, and irrespective of the meaning that the author wished to grant it, the most appropriate method is to turn to Supreme Court jurisprudence given that, as Professor GARCÍA AMIGO says: “jurisprudence establishes the meaning of the regulations, it overcomes potential contradictions committed by lawmakers... and is the best source of knowledge of Positive Law.” The scarce, not to say non-existent, jurisprudence of the Supreme Court in connection with this criminal offence has been compensated with a detailed search of *minor* Jurisprudence from

Provincial Courts. The action of occupation has further been analysed from a sociological and criminological standpoint, allowing a differentiation between *ocupas* [occupiers] and *okupas* [squatters]. The discussion also covers how the law deals with this behaviour in the rest of Europe.

3.- Conclusions-Results

In short, the contribution and most relevant aspect of this thesis is an appropriate justification of the need to afford criminal law protection to real estate that is not used as housing against surreptitious, clandestine or forceful attacks on property, as well as properly interpreting the actions of occupying without due authorisation and remaining on the property of a third-party against the will of the owner; based on the following conclusions:

- Criminalisation is necessary to equate protection of rural and urban property, to fill a legal gap, to endow the Legal System with internal consistency, and to fulfil the principle of proportionality of penalties.
- Criminalisation is needed to protect not only the property itself, but also to maintain public order and traffic safety.
- The social function of property, uncoupled from social policies and collective interests, cannot be used as an argument to exclude it from protection by criminal law.
- Occupying cannot be understood as physically dispossessing the owner of a real connection to the property and taking over the owner's legal status, that would be usurping; it should, instead, be understood as entering into a property owned by another and over which the occupier has no entitlements, without due authorisation, and thereby disturbing the legitimate occupier's peaceful enjoyment of the above.
- A state of need cannot become a subterfuge that would lead to inadmissible impunity and a breach of legal security itself if conflicts of interest result in the commission of an offence.

SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

ADELL ARGILÉS, R., Y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (COORDS.):

- *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: Prácticas y contextos sociales.* Ed. Catarata. Madrid, 2004.

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

- *Derecho Civil III. Derecho de bienes.* Ed. Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 11ª edición, revisada y puesta al día por Encarna Cordero Lobato. Madrid, 2010.

BARBER BURUSCO, S.:

- << La ocupación de inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal >> en *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales*, vol. V. BIB 1999\793. Editorial Aranzadi, S.A.

BAUCELLS I LLADOS, J.:

- *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

BLANCO LOZANO, C.:

- << El delito de usurpación en sus orígenes y en el Código Penal de 1995 >> en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 6. Madrid, 1996.

BRAGE CENDÁN, S.B.:

- << El denominado delito de usurpación pacífica de inmuebles. (Una forma de recuperar la posesión a través de la vía penal) >> en *El Consultor inmobiliario*. La Ley. Revista mensual de actualidad para profesionales. Año 3. Nº 27, Septiembre, 2002.

CEREZO MIR, J.:

- *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II.- Teoría jurídica del delito* (en un solo volumen). Ed. Tecnos, 6ª edición, 1998; 6ª reimpresión, 2004. Madrid, 2004.

DÍEZ-PICAZO, L.:

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Ed. Thomson-Civitas, 5ª edición. Navarra, 2008.

FERNÁNDEZ APARICIO, J.M.:

- << D-223 Comentario al artículo 245 párrafo 2º del Código Penal. (Diario 4345 de 5 de agosto de 1997) >> en *La Ley: Revista jurídica española de derecho jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)*. Nº 4, año 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.:

- *Introducción al Derecho Penal. Volumen I y II. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 5ª edición. Madrid, 2012.
- *Tratado de Criminología*. Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición actualizada, corregida y aumentada. Valencia, 2014.

GÓMEZ IBARGUREN, P.:

- *El tratamiento del fenómeno “okupa” en el Derecho Español*. Ed. Bosch. S.A., Barcelona, 2009; y Ed. Bosch on line.

GONZÁLEZ CERRÓN, R.:

- << Los delitos relativos a la usurpación >> en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. VI-1999. Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Año 1999.

GONZÁLEZ RUS, J.J.:

- << Capítulo 22.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IV). Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación >> en *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. MORILLAS CUEVA, L. (COORD.). Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011.

HERNÁNDEZ GIL, A.:

- *Obras completas. Tomo II.- La posesión como institución jurídica y social*. Ed. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1987.

HERRERO HERRERO, C.:

- *Infracciones Penales Patrimoniales*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2000.

HUERTA TOCILDO, S.:

- *Protección penal del patrimonio inmobiliario*. Ed. Civitas, 1ª edición. Madrid, 1980.

LUZÓN PEÑA, D.M.:

- *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición ampliada y revisada. Valencia, 2016.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.:

- << La llamada usurpación pacífica: Artículo 245.2 del Código Penal >> en *Actualidad Penal*, Nº 40, 3-9 de noviembre de 1997, XLIV, 1997-2.
- << Comentarios al Código Penal. Artículo 245 >> en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa. Madrid, 2005.

MARTÍNEZ LÓPEZ, M.:

- << El Movimiento de Okupaciones: Contracultura Urbana y Dinámicas Alter-Globalización >> en *Revista de Estudios de Juventud*, Nº 76 Jóvenes, globalización y movimientos altermundistas. Marzo, 2007.

- *Okupaciones de viviendas y de Centros Sociales. Autogestión, contracultura y conflictos urbanos*. (Título original: “Laberintos e Laboratorios de Participación Urbana. Planos estratéxicos, centros históricos e movemento de okupación”. Traducido por Miguel y Anaí Martínez López). Ed. Virus, 1ª edición. Barcelona, 2002.

MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARÁN, M.:

- *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, del 30 de marzo. Valencia, 2015.

NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.:

- *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. Madrian Libro. Cambados, 1999.

OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID:

- *Manual de Okupación*. 2ª edición, revisada y ampliada. Madrid, mayo de 2014. Pdf. <http://www.okupatutambien.net/wp-content/uploads/2014/05/M2.pdf>.

ROCA AGAPITO, L.:

- << Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas >> en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Y SERRANO GÓMEZ, A.:

- *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Dykinson, 18ª edición. Madrid, 1995.

SAINZ DE ROBLES, C.:

- << El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto >> en *Estudios de Derecho Penal y Criminología: En homenaje al*

profesor José María Rodríguez Devesa. Volumen II. Ed. Uned. Madrid, 1989.

SANTA CECILIA GARCÍA, F.:

- *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)* Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 2003.

SANZ MORÁN, A.J.:

- *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- << Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal >> en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos.* ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.; GÓMEZ PAVÓN, P.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; Y MARTÍNEZ GUERRA, A. (COORDS.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

SERRANO GÓMEZ, A., Y SERRANO MAÍLLO, A.:

- *Derecho Penal. Parte Especial.* Ed. Dykinson, 16ª edición. Madrid, 2011.

SERRANO PIEDECASAS, J.R.:

- << La usurpación (Título XIII, Cap. V CP) >> en *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento. Cuadernos de Derecho Judicial. XIII-2004.* TASENDE CALVO, J.J. (DIR.). Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2004.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.:

- << Lección 15.- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I) >> en *Curso de Derecho Penal. Parte especial.* SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. Ed. Dykinson. Madrid, 2012; y 2ª edición. Madrid, 2015.

